



**UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO Y TEORÍA DEL ESTADO**

**TESIS DOCTORAL**

**LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES NO  
ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA:  
IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES**

**PRESENTADA POR:  
Fernando Simón Navarro**

**DIRIGIDA POR:**

**Dr. José Julio Fernández Rodríguez**

**Dra. Ana Gude Fernández**

**Dr. Vicente A. Sanjurjo Rivo**

**SANTIAGO DE COMPOSTELA, SEPTIEMBRE 2015**







**UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO Y TEORÍA DEL ESTADO**

**TESIS DOCTORAL**

**LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS EN  
ESPAÑA: IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES**

Tesis doctoral presentada por el licenciado Fernando Simón Navarro para la obtención del título de Doctor, bajo la dirección de los profesores doctores D. José Julio Fernández Rodríguez, D<sup>a</sup>. Ana Gude Fernández y D. Vicente A. Sanjurjo Rivo.

Fdo.: Fernando Simón Navarro

Los profesores doctores de derecho constitucional del Departamento de Derecho Público y Teoría del Estado de la Universidad de Santiago de Compostela D. José Julio Fernández Rodríguez, profesor titular, D<sup>a</sup>. Ana Gude Fernández, profesora titular y D. Vicente A. Sanjurjo Rivo, contratado doctor, en su calidad de codirectores de la Tesis Doctoral: “La protección de los menores no acompañados en España: Implicaciones constitucionales”, realizada en el marco del Programa de Doutoramento: O Dereito Público e as Institucións Públicas ante a Unión Europea e o Mercosur (2101-01-1) por el licenciado Fernando Simón Navarro, para obtener el título de Doctor por la Universidad de Santiago de Compostela, por el presente

**DECLARAN**

Que tiene la calidad científica suficiente y reúne los requisitos exigidos por la normativa vigente para que pueda ser presentada para su defensa y aprobación ante el tribunal examinador correspondiente para obtener el título de doctor por la Universidad de Santiago de Compostela.

Santiago de Compostela, a 18 de septiembre de 2015

Vº Bº. Los Directores:

Dr. José Julio Fernández Rodríguez

Dra. Ana Gude Fernández

Dr. Vicente A. Sanjurjo Rivo



# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>11</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>13</b>
1. Planteamiento de la investigación .....	13
2. Metodología utilizada .....	14
3. Contenido del trabajo.....	14
4. La protección de los derechos del menor.....	15
<b>PRIMERA PARTE. LOS DERECHOS DEL MENOR.....</b>	<b>17</b>
<b>I. CONCEPTUALIZACIÓN TERMINOLÓGICA .....</b>	<b>17</b>
1. Concepto de menor.....	17
2. Estado civil, mayoría y minoría de edad.....	18
3. Capacidad jurídica y capacidad de obrar .....	20
<b>II. ITINERARIO JURÍDICO DEL MENOR: DE OBJETO DE PROTECCIÓN A</b>	
<b>SUJETO DE DERECHOS.....</b>	<b>22</b>
1. El menor sujeto de derechos.....	22
2. Los derechos del menor en la historia .....	23
A. El modelo griego.....	24
B. El modelo romano .....	26
C. La protección del niño en España.....	28
<b>III. EL PROGRESIVO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL MENOR.....</b>	<b>37</b>
1. En el ámbito universal .....	37
A. La Declaración de los Derechos del Niño de 1924.....	37
B. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.....	39
C. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 .....	40
a. La Convención y el reconocimiento de los derechos del menor .....	44
b. Reservas de estados partes a la aplicación de la Convención.....	45
c. El Comité de los Derechos del Niño.....	47
2. En el sistema europeo de protección de derechos .....	50
A. La protección de los derechos del menor en el Convenio Europeo .....	53
B. La protección de los derechos del menor en la Unión Europea .....	58
a. Limitada referencia de los tratados a la protección de los derechos .....	59
b. La protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia .....	65

c. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea .....	71
3. En el sistema constitucional español.....	74
A. La protección de los derechos del niño en el constitucionalismo español .....	76
B. Protección de derechos del menor en sistema constitucional de 1978 .....	80
C. Protección jurídica de los derechos del menor.....	90

#### **IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO**

<b>ACOMPAÑADOS .....</b>	<b>91</b>
1. En la Constitución de 1978 .....	92
A. Protección de los derechos de los extranjeros .....	94
B. La dignidad humana fundamento de los derechos .....	102
C. Protección de los derechos del menor en los convenios internacionales .....	106
2. Protección de los derechos del menor en los tratados internacionales .....	108
A. La remisión de la Constitución a los tratados internacionales .....	110
B. La protección del menor en los convenios internacionales .....	111
C. Los tratados internacionales en la interpretación de los derechos .....	113
D. La protección de los derechos del menor en el sistema multinivel .....	115
3. La jurisprudencia del TC en la protección de los derechos del MENA .....	120
4. El régimen jurídico del menor en la normativa infraconstitucional.....	126

### **SEGUNDA PARTE. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO DE LOS**

#### **MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS ..... 135**

<b>I. LA EMIGRACIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS.....</b>	<b>135</b>
1. Perfil de los menores emigrantes .....	135
2. Causas y motivaciones de la emigración infantil.....	138
<b>II. PROTECCIÓN Y ACOGIDA DE LOS MENAS EN ESPAÑA .....</b>	<b>145</b>
1. Protección de los derechos de los MENAS y control de los flujos migratorios .....	145
2. El interés superior del menor.....	149
3. Fases del proceso acogida del MENA .....	155
A. Localización .....	156
B. Identificación del inmigrante como menor de edad.....	159
C. La intervención del Ministerio Fiscal .....	163
D. Integración o repatriación del menor.....	164
a. Período de información. Fase previa .....	165
b. Inicio del procedimiento de repatriación.....	167
c. Alegaciones y determinación del período de prueba.....	168
d. Trámite de audiencia y resolución del procedimiento .....	170

E. Ejecución de la repatriación.....	175
F. Residencia del menor .....	176
4. Previsión de reforma de la Ley de Extranjería.....	177
<b>III. PROTECCIÓN DEL MENA EN SITUACIÓN DE RIESGO O DESAMPARO .....</b>	<b>182</b>
1. Conceptos de riesgo, desamparo, tutela y guarda.....	182
2. Acción protectora de la Administración. Declaración de desamparo .....	187
3. Supervisión de la acción protectora de la Administración.....	189
A. El Ministerio Fiscal .....	189
B. El Defensor del Pueblo y el Defensor del Menor .....	192
<b>IV. PLAN DE FORMACIÓN DE LOS MENAS .....</b>	<b>197</b>
1. La formación del MENA.....	197
A. Importancia de la formación para el MENA.....	198
B. Derecho a la educación de los MENAS.....	199
C. Acceso al umbral de la educación.....	202
D. Plan de formación de los MENAS en los centros de acogida.....	205
E. Disposición del MENA para integrarse en el centro de acogida.....	206
2. Formación profesional del personal de los centros de acogida y formación.....	208
3. Competencias asumidas por las CCAA en materia de extranjería.....	212
<b>TERCERA PARTE. VISIÓN COMPRENSIVA DE LA MIGRACIÓN DE LOS MENAS .....</b>	<b>223</b>
<b>I. DERECHO A EMIGRAR Y CONTROL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS .....</b>	<b>223</b>
1. Derecho a emigrar.....	223
2. Derecho a entrar en un país .....	225
A. Derecho a entrar en un país conforme al sistema jurídico europeo.....	227
B. El derecho a entrar en España en el sistema constitucional.....	231
C. La jurisprudencia del TC sobre el derecho de entrar de los extranjeros.....	233
3. Distribución de competencias sobre extranjería.....	236
A. Competencias atribuidas al Estado en materia de extranjería.....	239
B. Desarrollo competencial autonómico en materia de extranjería.....	242
4. Opciones jurídicas de coordinación en materia de extranjería.....	245
5. El Tribunal Constitucional sobre la materia de inmigración .....	248
6. Desarrollo legislativo y coordinación administrativa.....	254
<b>II. SINGULARIDAD DEL PROYECTO MIGRATORIO DE LOS MENAS.....</b>	<b>259</b>
1. Inicio de la inmigración irregular de los MENAS.....	259

2. El proyecto migratorio de los MENAS .....	263
3. La migración infantil femenina.....	267
4. Trata y tráfico ilegal de menores .....	270
A. La trata de personas .....	271
B. Tráfico ilegal de personas.....	273
C. Diferencias entre la trata de personas y el tráfico ilegal de migrantes .....	274
<b>III. MEDIDAS CONTRA LA TRATA Y EL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS .....</b>	<b>275</b>
1. Medidas contra la trata en el ámbito internacional.....	276
2. El Consejo de Europa contra la trata y tráfico ilegal de personas .....	277
3. Políticas de la UE contra la trata de personas y la inmigración ilegal.....	279
A. La política de inmigración en los tratados constitutivos .....	282
B. La armonización de la política de inmigración. La Directiva de Retorno .....	283
a. Efectividad de la Directiva de Retorno 2008/115/CE .....	285
b. Normativa común de la UE sobre el derecho de asilo .....	286
4. Medidas de España contra la trata y tráfico ilegal de personas.....	289
A. Medidas legislativas.....	289
B. Jurisprudencia del TS sobre la trata y tráfico ilegal de personas .....	291
a. Tráfico ilegal de personas.....	292
b. Trata de personas con objeto de su explotación sexual.....	293
C. El Defensor del Pueblo sobre la trata de seres humanos .....	294
<b>CUARTA PARTE. PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS MENAS .....</b>	<b>297</b>
<b>I. MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS MENAS .....</b>	<b>297</b>
1. Protección pública del MENA .....	299
2. La reagrupación familiar .....	303
A. La reagrupación familiar en la Convención sobre los Derechos del Niño .....	305
B. En el marco del Consejo de Europa.....	306
C. En la Unión Europea .....	308
D. El reagrupamiento familiar en España.....	312
3. Acogida del menor o su repatriación .....	315
A. La reunión familiar el retorno y otras soluciones duraderas .....	317
B. El acogimiento familiar .....	320
C. Posiciones a favor y en contra de la repatriación del MENA .....	322
a. Posiciones que no se oponen a la repatriación.....	325
b. Posturas contrarias a la repatriación .....	326
c. El interés superior de menor en la jurisprudencia.....	331

<b>II. MENAS ENTRE LA ACOGIDA Y LA DESPROTECCIÓN .....</b>	<b>336</b>
1. La integración del MENA en los centros de acogida .....	336
A. El acogimiento residencial en España .....	341
B. Inicio del proceso de acogida del menor .....	344
C. La atribución de la competencia para acoger a los MENAS .....	347
2. Los profesionales de los centros de acogida .....	350
<b>III. FUGA DE MENAS DE LOS CENTROS DE ACOGIDA .....</b>	<b>356</b>
1. Causas del abandono de los MENAS del centro de acogida .....	362
2. La fuga del MENA del centro y sus consecuencias .....	367
3. Registro, trazabilidad y seguimiento del MENA .....	369
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>373</b>
1. Implicaciones constitucionales en la protección de los MENAS .....	373
2. El menor sujeto de derechos .....	379
3. Protección y acogida de los MENAS en situación de desamparo .....	381
4. Plan de formación del MENA .....	384
5. Disfuncionalidad normativa y administrativa referente a los MENAS .....	387
6. Protección integral del MENA .....	392
7. Menores fuera del sistema de protección .....	394
8. Política migratoria de la UE .....	396
9. El interés superior del menor .....	399
10. Capacidad del sistema constitucional español para garantizar los derechos fundamentales de los MENAS .....	402
<b>ANEXOS .....</b>	<b>405</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>410</b>





## **ABREVIATURAS**

AECID	Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo
Art.	Artículo
CC	Código Civil
CDN	Convención sobre los derechos del niño
CE	Constitución Española
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CEE	Comunidad Económica Europea
CORA	Comisión para la Reforma de la Administración
CSE	Carta Social Europea
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
DTC	Declaración del Tribunal Constitucional
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FRA	European Union Agency for Fundamental Rights
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOEX	Ley Orgánica de Extranjería 2/2009, de 11 de diciembre
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LRP	Ley para la Reforma Política
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
MTM	Magistraturas Tutelares de Menores
MENA	Menor extranjero no acompañado

OIM	Organización Internacional de las Migraciones
ONG	Organización No Gubernamental
p.	Página
pp.	Páginas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RELOEX	Reglamento de Extranjería. RD 557/2011, de 20 de abril
RMENA	Registro de Menores Extranjeros No Acompañados
SECA	sistema Europeo Común de Asilo
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TTM	Tribunales Tutelares de Menores
TUE	Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht
UE	Unión Europea

## **INTRODUCCIÓN**

### **1. Planteamiento de la investigación**

La emigración irregular infantil de los menores extranjeros no acompañados (MENAS) participa de las motivaciones de las migraciones tradicionales, no obstante, presenta características y objetivos propios que permiten identificarla como un fenómeno nuevo de ámbito global, en el que están en juego los intereses de los propios MENAS, los de sus familias, los del país de origen y los del país receptor. El principio inspirador de todas las actuaciones de los agentes que participan en el proyecto migratorio debe ser el interés superior del menor, por encima de cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir con él. La emigración irregular infantil tiene diversas causas, que analizaremos en su momento, y un objetivo inmediato, que en esencia, pretende sortear las limitaciones que se imponen a la inmigración de adultos para entrar en un país. A más largo plazo, el MENA pretende mejorar su situación personal y familiar y, si fuera posible, favorecer la posterior llegada de otros miembros de la familia aprovechando las facilidades que les ofrecen las políticas de reagrupación familiar del país de acogida.

La finalidad de este trabajo es identificar las implicaciones que presenta al sistema constitucional español la protección de los derechos de los menores extranjeros no acompañados que llegan a España, para hacer recomendaciones a los agentes implicados y mejorar la eficacia del sistema de protección.

El sistema de protección de los MENAS en España tiene que observar y respetar, por mandato constitucional, los sistemas de protección de ámbito internacional y regional, lo que permite garantizar unos patrones de protección de derechos de ámbito universal y, también, establecer la coordinación necesaria que debe existir en la aplicación de las medidas en todos los estados que forman parte de cada uno de los sistemas.

La Unión Europea (UE) trata compatibilizar el respeto de los derechos humanos de los inmigrantes con el control de los flujos migratorios, armonizar las políticas migratorias de sus estados miembros, favorecer la inmigración legal y combatir la ilegal y la trata de personas.

## **2. Metodología utilizada**

El método empleado en este trabajo es el analítico-deductivo. Pretendemos analizar las políticas adoptadas por la UE y por España para proteger los derechos de los inmigrantes, con objeto de obtener resultados que permitan evaluar la capacidad del sistema de protección y acogida de España con los menores extranjeros no acompañados y, en su caso, hacer propuestas de medidas concretas a los agentes implicados para contribuir a mejorar la atención que reciben del sistema de protección y acogida en nuestro país.

## **3. Contenido del trabajo**

Con la finalidad de dar una visión comprensiva y objetiva del problema de la emigración de los MENAS analizamos la percepción del mismo desde el punto de vista de los países origen de emigración, el de los países de destino de emigrantes, la labor de los centros de acogida con estos menores, la actuación de la Administración, la garantía jurídica de los derechos del menor, y la supervisión del Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo.

El contenido de la presente tesis doctoral está estructurado en cuatro partes. La Primera Parte se inicia con el itinerario jurídico del menor de objeto de protección a sujeto de derechos. Analizamos, seguidamente, el reconocimiento de los derechos del menor en la Constitución española (CE) y la articulación de nuestro sistema de protección con los sistemas de protección internacionales, en especial, con el sistema europeo de protección de derechos.

En la Segunda Parte analizamos la protección y acogida de los menores extranjeros no acompañados en situación de desamparo por el sistema de protección español. Analizamos la actuación de los agentes del sistema de acogida en este proceso desde la localización del MENA, hasta su integración en España o retorno a su país de origen. Prestamos particular atención al plan de formación que reciben los menores en los centros por ser el factor clave para su integración en la sociedad.

En la Tercera Parte damos una visión comprensiva de la migración de los MENAS y la singularidad de este nuevo fenómeno migratorio. Confrontamos el derecho a emigrar, según la normativa europea y la interna,

con las políticas de control de los flujos migratorios. Analizamos el problema de la inmigración ilegal y el tráfico de personas con fines de explotación, en especial en el caso de las menores, y las políticas de la Unión para armonizar la normativa de inmigración de los estados miembros y la protección de los derechos de los inmigrantes.

En la Cuarta Parte nos centramos en las medidas para la protección integral de los MENAS comenzando por el derecho a la reagrupación familiar frente a la repatriación del menor extranjero no acompañado. Analizamos la protección al menor por el sistema público, las obligaciones que comporta y legalidad de la normativa española para prestarle este servicio. Por último, analizamos el grave problema de la fuga de los menores de los centros de acogida que, además de cuestionar la efectividad del sistema de protección, deja al menor en múltiples situaciones de riesgo.

#### **4. La protección de los derechos del menor**

La normativa de protección de los derechos humanos en general y de los derechos del menor en particular ha sido desarrollada por los sistemas de protección de ámbito universal, europeo y nacional. En el caso español, al establecer el art. 39.4 CE que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, vincula el sistema español con los sistemas de protección de derechos de las Naciones Unidas y con los sistemas de protección europeos. Analizaremos las obligaciones que adquiere España con los menores no acompañados por causa de esta articulación.

Es necesaria la armonización de la normativa interna para evitar la consecuente disfuncionalidad administrativa en materia de protección y acogida de los MENAS en España, disfunción que ha sido reiteradamente denunciada por instituciones españolas, como el Defensor del Pueblo, y por instituciones internacionales, como el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa y el Comité para los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

Un enfoque comprensivo de la problemática de la protección del menor y la correspondiente armonización normativa y administrativa, contribuiría en buena medida a la igual protección de los derechos del menor, con

independencia del lugar y agente que aplique las medidas, proporcionando seguridad jurídica y adecuado nivel de calidad de los servicios prestados.

El primer escollo que hay que salvar para determinar el tratamiento jurídico que le corresponde al menor es el de la determinación de su edad. A la dificultad inicial que se presenta por carecer el menor, habitualmente, de documentación que proporcione datos fiables para su identificación como menor o como adulto, se añade la inexactitud de los procedimientos actualmente utilizados para determinar su edad por su dudosa fiabilidad.

La falta de una identificación inequívoca puede traer consigo la pérdida del control del menor si éste opta por abandonar el centro de acogida y tentar la suerte en otra comunidad o en otro país. El procedimiento de identificación administrativa debería permitir hacer el seguimiento del menor para cubrir la contingencia de que salga fuera del sistema de acogida y que pase a ser un niño de la calle incontrolado, expuesto a los riesgos y peligros que esto conlleva. La trazabilidad del menor constituye una exigencia para que no se pierda su pista desde que entra en el territorio de un estado hasta que se integra en él o regresa a su país.

Efectuar la identificación, registro y seguimiento del menor de forma no adecuada es, no solamente una deficiencia de control estadístico para conocer el número exacto de los que se encuentran dentro del sistema de protección y los que están fuera de él, lo grave es que, fuera del sistema, se pueden encontrar en situación de desamparo expuestos al tráfico de personas, a la explotación laboral y sexual, caer en la delincuencia o en manos de bandas organizadas.

Con independencia de las disfunciones que la falta de armonización de la normativa en materia de protección del menor ocasiona, se debe tener en cuenta que estos pueden aprovechar, y de hecho lo hacen, su facilidad de movilidad para trasladarse a otras regiones de España o a otros países de la Unión Europea, que se traduce en soluciones de continuidad en el tratamiento de los menores, inseguridad jurídica y recibir trato diferente según el estado o autonomía en que se encuentren, incluso, dentro de la misma autonomía.

## **PRIMERA PARTE. LOS DERECHOS DEL MENOR**

### **I. CONCEPTUALIZACIÓN TERMINOLÓGICA**

#### **1. Concepto de menor**

El criterio utilizado para conceptualizar formalmente a una persona como menor es el de su edad. Se define la edad como el período de tiempo transcurrido desde su nacimiento hasta un momento determinado de su vida. En función de su edad las personas se clasifican en mayores de edad y menores de edad.

El artículo primero de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) de 1989 “entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. La Convención, por tanto, equipara al niño con el menor de edad y no deja lugar a duda sobre la aplicación general de los dieciocho años como separación entre la minoría y la mayoría de edad. Es consecuente, por tanto, que todo menor de dieciocho años que llega a España reciba la protección que corresponde a un menor de edad y no se le aplique la normativa de los inmigrantes mayores de edad.

En el ámbito nacional, el art.12 CE dispone que los españoles son mayores de edad a los dieciocho años. En su disposición adicional segunda la Constitución matiza que la declaración de mayoría de edad contenida en su art.12, no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del derecho privado.

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) 1/1996, de 15 de enero, se aplica a los menores de dieciocho años que se encuentren dentro del territorio nacional, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado antes la mayoría de edad, según dispone su art.1.

La titularidad de los derechos del menor no se ve afectada por su edad, en cambio, sí influye en su capacidad de obrar cuya adquisición se perfecciona al alcanzar la mayoría de edad. En definitiva, el hecho de ser menor de edad no menoscaba la titularidad de sus derechos, sin embargo, el ejercicio de estos



derechos se verá limitado por su capacidad de obrar que depende de sus cualidades para entender y querer en un momento determinado.

En el ámbito del Derecho comunitario son menores no acompañados los menores de dieciocho años, nacionales de terceros países o apátridas, que llegan al territorio de los estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, en tanto no se encuentren efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable. No obstante, también lo son aquellos menores acompañados que quedan solos tras su entrada en los estados miembros. Esta noción se recogió en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros y, posteriormente, en las Directivas del Consejo de la Unión Europea 2001/55/CE, 2003/9/CE y 2003/86/CE<sup>41</sup>.

## **2. Estado civil, mayoría y minoría de edad**

Estado civil es, como lo define la Enciclopedia jurídica, la situación en la que se encuentra una persona según sus circunstancias y la legislación a la que el ordenamiento concede ciertos efectos jurídicos. Se pueden utilizar diversos criterios para clasificar el estado civil: por el matrimonio se puede ser soltero, casado, viudo o divorciado; por la filiación, hijo o padre; por la nacionalidad, español, extranjero o apátrida; por la edad, mayor o menor de edad; por la capacidad, capaz o incapacitado<sup>2</sup>.

El estado civil es una circunstancia que determina la capacidad de obrar de las personas y que da origen a derechos y obligaciones. La doctrina tradicional ha definido el estado civil como la cualidad de la persona resultante de la posición que ocupa en cada una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la organización civil de la comunidad. Es una circunstancia

---

<sup>1</sup> Díez Morrás, F. J. (10 de Diciembre de 2012). Indefinición del interés superior de menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección. *REDUR*, pp. 95-104. p. 96.

<sup>2</sup> VV.AA. (s.f.). Estado Civil. Recuperado el 25 de Mayo de 2013, de Enciclopedia Civil: [www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/estado-civil/estado-civil.htm](http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/estado-civil/estado-civil.htm).



determinante de la capacidad de obrar de las personas, siendo fuente de derechos y obligaciones<sup>3</sup>.

Por ser la edad de inmigrante determinante para recibir el tratamiento jurídico que le corresponda, vamos a analizar los conceptos: mayoría de edad y minoría de edad.

Se entiende por minoría de edad el período de tiempo transcurrido desde el nacimiento de la persona hasta que alcanza la edad de dieciocho años. La minoría de edad es un estado civil en el que la persona está sujeta a la sumisión y dependencia de quienes ostentan sobre él la patria potestad, ya sean sus padres o tutores, por considerarse que el menor no tiene la suficiente capacidad de entendimiento. Durante la minoría de edad el individuo goza de una diferente consideración jurídica y, aunque en toda esta etapa de su vida es titular de derechos, en sus primeros momentos es fundamentalmente un sujeto pasivo que precisa protección de la familia y de la sociedad<sup>4</sup>.

La persona es mayor de edad al llegar a los dieciocho años. La mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día de su nacimiento (art. 315 CC).

Con la mayoría de edad la persona adquiere la plena independencia y la capacidad de obrar plena al extinguirse la patria potestad. Por contraposición, la capacidad de obrar del menor de edad se encuentra limitada para evitar los posibles perjuicios que le pudieran causar sus actos<sup>5</sup>.

Atendiendo a la edad la persona puede ser mayor de edad, menor de edad y menor emancipado. El mayor de edad posee la capacidad de obrar plena, el menor de edad la tiene restringida y el menor emancipado tiene determinadas limitaciones para el ejercicio de la misma. Menor emancipado es

---

<sup>3</sup> Del Vas González, J. M. (2009). *Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español*. Madrid: J. San José, S.A. p. 48.

<sup>4</sup> Álvarez Vélez, M. I. (1994). *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. p. 2.

<sup>5</sup> VV.AA. (s.f.). *La emancipación*. Recuperado el 01 de Octubre de 2013, de Abogado: <http://iabogado.com/guia-legal/familia/la-emancipacion>.

el mayor de 16 años y menor de 18 que ha cumplido determinadas condiciones para alcanzar esta consideración.

### 3. Capacidad jurídica y capacidad de obrar

El menor, por su condición de persona humana es titular de todos los derechos que le son atribuibles a toda persona, pero, tiene restringido el ejercicio pleno de sus derechos para su protección. El estatuto jurídico del menor le hace acreedor de derechos y obligaciones. Por su personalidad jurídica es titular de derechos y obligaciones, pero para ejercitar esos derechos no basta con la capacidad jurídica, precisa de la capacidad de obrar para ejercitarlos<sup>6</sup>.

Es inevitable, en opinión de Pascual Medrano, al tratar de los derechos del menor partir de los conceptos clásicos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, enunciados en la Teoría General del Derechos. La capacidad jurídica se define como la aptitud, potestad o posibilidad de ser sujeto titular de derechos y obligaciones. La capacidad de obrar está referida a la cualidad para ejercitar los derechos que el sujeto tiene atribuidos<sup>7</sup>.

La palabra capacidad significa aptitud o suficiencia para hacer algo. En el lenguaje vulgar quiere decir que una persona tiene la aptitud o capacidad para llevar a cabo una acción o pensamiento. En el ámbito legal, la capacidad jurídica significa el conjunto de condiciones para ser sujeto de derechos y deberes<sup>8</sup>.

La capacidad de obrar se define como la aptitud para ejercitar relaciones jurídicas. Es la habilitación que permite al sujeto ejecutar eficazmente actos jurídicos. Para que los actos jurídicos surtan pleno efecto, el sujeto que los

---

<sup>6</sup> García Urbano, J. M. (1990). *Instituciones de Derecho privado*. Madrid: UNED. p. 77.

<sup>7</sup> Castán Tobeñas, J. (1987). *Derecho civil español, común y foral. tomo 1, vol. II*. Madrid: Reus S. A «aptitud para derechos y obligaciones, o lo que es igual, para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas». Esta aptitud o capacidad jurídica se desplegaría en dos manifestaciones: «aptitud del sujeto para la mera *tenencia* y *goce* de los derechos, y aptitud para el *ejercicio* de los mismos y para concluir actos jurídicos. La primera de ellas se acostumbra designar con la simple denominación de *personalidad*, *capacidad de derecho* o *capacidad de goce*. La segunda, se denomina *capacidad de obrar* o *capacidad de ejercicio*». pp. 161-162.

<sup>8</sup> Castro Toledo, B. (2005). *La capacidad jurídica de la mujer, en la obra: La Capacidad Jurídica de Ángel Sánchez de la Torre*. Madrid: Dykinson, S. L. p. 184.

realiza debe actuar con conocimiento de la realidad en la que va a intervenir y voluntad plena, esta posibilidad de conocimiento requiere, en el caso concreto del menor, que tenga un desarrollo psíquico adecuado al acto<sup>9</sup>.

Que el menor tenga limitada su capacidad de obrar para ejercer todos sus derechos no supone una merma en la eficacia de los mismos. Significa solamente que, los menores, para hacer efectivos sus derechos necesitan realizarlos a través de un actor cualificado que los garantice ya sean sus padres, tutores o autoridades públicas cualificadas para ello<sup>10</sup>.

La diferencia entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar del menor se manifiesta en el perfeccionamiento temporal. La capacidad jurídica, aptitud para ser titular de derechos y obligaciones es el concepto estático de esa cualidad. En cambio, la capacidad de obrar es su aspecto dinámico que le capacita para ejercer por sí mismo los derechos y obligaciones sin necesidad de la intervención de su tutor o representante legal<sup>11</sup>.

En lo concerniente al menor, es preciso establecer en cada caso su grado de entendimiento y voluntad para determinar si actúa con capacidad de obrar plena. La capacidad de discernimiento del menor será considerada por el juez que tenga que dirimir, en caso de contradicción de voluntades, sobre el interés del menor.

---

<sup>9</sup> Serrano Molina, A. (2002). *Los menores en el Derecho español*. Madrid: Tecnos.

pp. 42 y ss. [...] que los actos sólo deben producir efectos jurídicos plenos, como regla general, cuando el individuo agente tiene un grado de discernimiento mínimo acorde con la importancia jurídico-social de acto jurídico que se realiza. Citado por Del Vas González, Juana María, en *Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español*, obra citada, p. 51.

<sup>10</sup> De Palma del Teso, Á. (2006). *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. p. 94.

<sup>11</sup> Castán Tobeñas, J. *Derecho civil español, común y foral*, vol. 1-II, Madrid, 1984, vol. 1-2º, p. 162 y De Castro y Bravo, *Derecho Civil de España. Derecho de la persona. La persona y su estado civil*, Tomo II, Parte 1ª, Madrid, 1952.F, p. 47, en: De Lama Aymá, A. (s.f.). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Recuperado el 07 de Febrero de 2014, de Universitat Autònoma de Barcelona: [www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5207/ala1de1.pdf?sequence=1](http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5207/ala1de1.pdf?sequence=1). pp.14-15.

La LOPJM 1/1996 establece en su art. 2, que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva, lo que tiene gran trascendencia para el Derecho Civil en materia de menores<sup>12</sup>.

## **II. ITINERARIO JURÍDICO DEL MENOR: DE OBJETO DE PROTECCIÓN A SUJETO DE DERECHOS**

### **1. El menor sujeto de derechos**

El menor, por su condición de persona humana, es titular de derechos inviolables que le son inherentes por su dignidad de persona y el desarrollo de su personalidad, art.10.1 CE. La Constitución no establece diferencia alguna en cuanto a la atribución de derechos entre mayor y menor de edad, no obstante, reconocer los derechos fundamentales al niño y su tratamiento específico no es redundante sino que constituye la constatación de la especial significación que los derechos tienen al tratarse de un menor<sup>13</sup>. Por otra parte, el reconocimiento de los derechos del niño tiene por objeto su protección integral desde su concepción hasta alcanzar, una vez que ha nacido, la capacidad plena de obrar con su mayoría de edad para incorporarse de forma armónica y plena en la sociedad<sup>14</sup>.

Existe un consenso generalizado en los países de cultura occidental de que los derechos humanos o derechos del hombre, y por extensión natural derechos del menor, se presentan como el conjunto de derechos fundamentales que le son atribuibles por su naturaleza y dignidad<sup>15</sup>.

Tras la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) subyace la idea de que a todas las personas, incluidas los niños, les son aplicables todos los derechos que ésta declara y que los estados

---

<sup>12</sup> Vidal Casero, M. d. (2002). *La evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud*. DS Vol. 11, Núm. 1, pp. 219-230. p. 221.

<sup>13</sup> Miranda Estrampes, M. (2006). *La Convención frente al Desamparo del Menor*. Barcelona: Bosch. p. 104.

<sup>14</sup> Jiménez García, J. F. (2000). *Derecho de los niños*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. p. 4.

<sup>15</sup> Truyol y Serra, A. *Los Derechos Humanos*. Tecnos. Madrid (1948). p. 11. Citado por: Álvarez Vélez, M. I. (1994). *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. p. 10.

tienen el deber de promover y garantizar su protección efectiva en condiciones de igualdad para todos<sup>16</sup>.

Entendemos que no debería existir confrontación entre la concepción del menor como sujeto de derechos y como objeto de protección, ya que, el menor es ante todo sujeto de derechos y será objeto de protección cuando por no tener la plena capacidad de obrar precise la protección de padre o tutor para el ejercicio de todos ellos.

Por otra parte, además de los convenios y declaraciones de derechos destinados a los adultos, y las referencias que en ellos se hacen a los niños, la sociedad ha sentido la necesidad de reconocer concretamente los derechos del menor. Una muestra de la especificidad de los derechos del niño es su derecho intrínseco a la vida como lo reconoce el art. 6.1 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN).

## **2. Los derechos del menor en la historia**

En todas las tradiciones y culturas el cuidado, atención y educación de la infancia ha sido una labor constante. El propósito de transmitir a la siguiente generación lo mejor del presente fue una preocupación de la familia y de los dirigentes de la sociedad. Aunque se constatará la corrupción de los adultos, siempre existía la esperanza de que la nueva generación fuera capaz de recuperar la moralidad perdida, sus valores y virtudes. La protección y cuidados prodigados a los menores y procurados por la familia y la sociedad, fueron teniendo progresivamente su reconocimiento jurídico que, en nuestros días, alcanza amplitud y protección internacional<sup>17</sup>.

Las antiguas civilizaciones de acuerdo con su cultura, tradiciones y creencias religiosas, fueron unánimes en la educación y protección del niño.

---

<sup>16</sup> Cillero Bruñol, M. (n.d.). *IIN.OEA*. Retrieved Julio 10, 2013, from El Interés Superior del Niño en el Marco de la CDN: [http://www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf). p. 1.

<sup>17</sup> Ejemplo clásico de esta situación se produjo en Atenas, cuando Filipo rey de Macedonia invadía victoriosamente las ciudades griegas del mar Egeo, y amenazaba con tomar por asalto la propia Atenas reuniéndose con urgencia el Senado. Un senador pidió la palabra y portando en su mano alzada una manzana podrida subió al estrado. Ante la mirada atónita de sus atribulados colegas, estrelló contra el piso el fruto descompuesto y gritó: "Todo está podrido. La patria no tiene remedio". Después de un dramático silencio, recogió trozos de la pulpa vegetal, y añadió: "No. No todo está podrido: las semillas están sanas. Recojámoslas, hagámoslas germinar y crecer, y con ellas construiremos un nuevo país".

Se conservan diversas referencias históricas y manifestaciones culturales relacionadas con la atención al mundo de la infancia, diferenciado del mundo de los mayores.

En la tradición de los Vedas, se observa su preocupación por la higiene y cuidado del niño. El conocido Código de *Hammurabi* (2250 años a.C.), primera legislación para la infancia, recoge la protección que el pueblo babilónico otorgaba a los huérfanos. En Egipto, el Papiro de *Ebers* recopila la medicina egipcia y orientaba sobre el cuidado de los niños<sup>18</sup>.

Las grandes tradiciones griega y romana presentan diversos modelos de protección de la educación y de los derechos de los niños que han tenido repercusión posterior.

### **A. El modelo griego**

En la Grecia arcaica educar es formar la personalidad íntegra del niño modelando su carácter. La educación es un proceso que consiste en fomentar el desarrollo de sus cualidades innatas intelectuales, morales y éticas. La educación facilita la adquisición de los hábitos que dirigen el conjunto de toda actividad humana. La pedagogía es la reflexión sobre la actividad educativa, que etimológicamente proviene de *paidos*, niño y *agoos*, conducir. Esto es, guiar al niño. El ideal educativo, *paideia*, pretende la formación integral del educando que se sintetiza en el término *kalosagatia*, vivir feliz y bellamente<sup>19</sup>.

Los griegos diferenciaban los procesos educativos de los niños según su clase social: los destinados al ejercicio de la función del gobierno se les prepara para la política y el manejo de las armas; a los gobernados para el trabajo; los excluidos no reciben preparación específica. En la educación

---

<sup>18</sup> Trujillo Armas, R. (2000). Derechos del niño: Evolución y perspectivas desde la pediatría social. Sociedad Canaria de Pediatría. *BSCP Can Ped 2000*; 24- nº 3, pp. 139-145. p. 139.

<sup>19</sup> Aguilar-Morales, J. (2009). *La educación en la antigua Grecia*. Recuperado el 03 de Enero de 2015, de Asociación Oaxaqueña de Psicología A. C.: [http://www.conductitlan.net/historia\\_educacion\\_grecia](http://www.conductitlan.net/historia_educacion_grecia).



arcaica, siglos VIII a VI a. C., se encuentran dos tipos de educación: la escuela de Homero y la de Hesíodo<sup>20</sup>.

Homero, autor de la *Iliada* y la *Odisea*, muestra el ideal de la educación, *kalokagothía*, que armoniza la educación física con la intelectual y espiritual hasta alcanzar la virtud, *arete*<sup>21</sup>. No son actividades opuestas sino dos manifestaciones de la acción de gobierno. El educador es el consejero que adiestra a través de la emulación de los personajes homéricos a partir de las gestas heroicas<sup>22</sup>.

Hesíodo, en su obra *Los Trabajos y los Días*, exalta la cualidad moral del trabajo y extiende los beneficios de la educación al conjunto de los ciudadanos. Exalta el trabajo prosaico, la laboriosidad cotidiana y sabiduría de trabajador que cumple con su oficio día tras día<sup>23</sup>.

El concepto de educación para Hesíodo se basa en la austeridad ética del pueblo, regulada por el derecho y las relaciones de igualdad entre todos los hombres. El trabajo es el medio para llegar al *arete* o autoafirmación y realización del propio ser contra los elementos de su existencia que se oponen a que se lleve a término<sup>24</sup>.

Las primeras intervenciones como tales del Estado griego en la educación, tienen lugar en la Grecia clásica a través de la legislación atribuida a Solón. Se sanciona la legislación que establece los deberes de los padres, los de los pobres y los de los ricos en materia de educación. Otras

---

<sup>20</sup> Rojano Simón, M. (2009). La Paideia Griega. *Revista digital para los profesionales de la enseñanza*, pp. 1-8. p.1.

<sup>21</sup> Ibídem. p. 2.

<sup>22</sup> Aguilar-Morales, J. (2009). *La educación en la antigua Grecia*. Recuperado el 03 de Enero de 2015, de Asociación Oaxaqueña de Psicología A. C.: [http://www.conductitlan.net/historia\\_educacion\\_grecia](http://www.conductitlan.net/historia_educacion_grecia). p. 4.

<sup>23</sup> Rojano Simón, M. (2009). La Paideia Griega. *Revista digital para los profesionales de la enseñanza*, pp. 1-8. p. 3.

<sup>24</sup> Aguilar-Morales, J. (2009). *La educación en la antigua Grecia*. Recuperado el 03 de Enero de 2015, de Asociación Oaxaqueña de Psicología A. C.: [http://www.conductitlan.net/historia\\_educacion\\_grecia](http://www.conductitlan.net/historia_educacion_grecia).

disposiciones se refieren al comienzo y fin de las lecciones, al número de alumnos por clase y a su edad<sup>25</sup>.

## B. El modelo romano

La familia era para los romanos una importante institución con marcado carácter sagrado considerada como uno de los pilares básicos de la sociedad. La pertenencia a una familia implicaba tener el *status* de ciudadano romano. Perder los derechos de ciudadanía suponía, a su vez, perder el privilegio de formar una familia. En la familia, el poder se centraba en el *pater-familias* que posee toda la autoridad (*patria-potestas*), es dueño de todos los bienes y personas de su familia, reconoce a los hijos legítimos y también, ante testigos, al hijo ilegítimo mediante documento privado (*testatio*).

El acto de reconocimiento de los hijos por el padre tenía su ceremonial. Los niños nacidos dentro del matrimonio eran depositados a los pies de su padre para que este los reconociera como legítimos, si los tomaba y los apretaba entre sus brazos (*liberum tollere suspicere*). Una vez admitido como hijo, quedaba constituido en *sus heres*, comprometiéndose el padre a su educación y crianza. El padre, si así lo juzgaba oportuno, podía exponerlo (*expositio*) a disposición de quien quisiera recogerlo. Los motivos de la exposición podían ser malformaciones del niño, carencia de recursos para alimentarlos o sospechar el marido del adulterio femenino. La educación del niño corría a cargo de la familia, confiada a la nodriza, al pedagogo y a la escuela<sup>26</sup>.

El hijo reconocido por su padre adquiría el derecho de ciudadanía, que implicaba la inscripción en el registro y certificado de nacimiento, el derecho a la educación y alimentación, a la herencia y a que en su día pudiera contraer matrimonio.

---

<sup>25</sup> Aguilar-Morales, J. (2009). *La educación en la antigua Grecia*. Recuperado el 03 de Enero de 2015, de Asociación Oaxaqueña de Psicología A. C.: [http://www.conductitlan.net/historia\\_educacion\\_grecia](http://www.conductitlan.net/historia_educacion_grecia) pp.34-35

<sup>26</sup> Cid Fernández, X. M. (1999). *Apega.org*. Recuperado el 11 de Octubre de 2013, de Historia de los derechos de la infancia. <http://www.apega.org/attachments/article/277/historiaderechosdeinfanciast.pdf> p. 5.



La adquisición de la condición de ciudadano romano comportaba el acceso al disfrute de los derechos que solamente éstos tenían. Para ser ciudadano de pleno derecho, en los diferentes tipos de ciudades del Imperio romano, era preciso poseer a título individual el mismo derecho que el de la ciudad correspondiente o uno superior<sup>27</sup>.

La determinación de la ciudadanía del hijo no presentaba duda en el caso de que los progenitores del niño fueran ciudadanos romanos. En este caso el hijo era considerado también ciudadano romano. En el matrimonio mixto, cuando uno de los dos no era ciudadano romano (latino o peregrino)<sup>28</sup>, la determinación de la ciudadanía del hijo estaba supeditada al *status* del padre. El Emperador Adriano reconoció el derecho del niño a ser libre en el caso de que en el momento de su nacimiento la madre fuera libre, aunque el padre fuera esclavo. También primaba el *status* materno si ésta era ciudadana romana y el padre latino. Esta regulación, en cuanto a la determinación de la ciudadanía del hijo, obraba en beneficio del interés del niño constituyendo una norma que redundaba a favor del menor.

El cristianismo influyó en la legislación romana prohibiéndose en el siglo IV todo tipo de abandono y venta de niños, que hasta el año 374 no era punible. Los primeros emperadores cristianos (Constantino I) legislaron sobre estas prácticas no sólo con medidas coercitivas, sino también mediante la ayuda a las familias necesitadas que declararan su pobreza para subvenir a los gastos ocasionados por los hijos presentados por el padre.

Fue Nerva (96-98) quien instituyó los *alimenta*, concesión de ayudas públicas a las familias que carecían de medios para atender a sus hijos.

---

<sup>27</sup> Alvarado Planas, J et ál. (1999). *Temas de Historia del Derecho y de las Instituciones*. 2ª Edición. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia p. 106. Un ciudadano romano podía ser miembro con pleno derecho de todo tipo de ciudades; un latino sólo podía ser miembro de pleno derecho en las ciudades latinas y peregrinas; y un peregrino sólo en las ciudades peregrinas, pero no en las romanas y latinas. Javier Alvarado Planas y otros. (1999). *Temas de Historia del Derecho y de las Instituciones*. 2ª Edición. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia p. 106

<sup>28</sup> Ibídem. p. 107. Junto a los ciudadanos propiamente dichos podían vivir en el territorio de una ciudad otros ciudadanos romanos o latinos o peregrinos que no formaban parte de la comunidad (mercaderes, comerciantes o los *incolae*) quienes, aun poseyendo residencia fija, tenían sus derechos disminuidos en relación con los ciudadanos de pleno derecho. Alvarado Planas, Javier y otros. (1999). *Temas de Historia del Derecho y de las Instituciones*. 2ª Edición. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. p. 107.

Adriano, siguiendo la política social de sus predecesores, creó la figura del *praefectus alimentorum*, y su sucesor, Antonino Pio, implantó las *puellae alimentariae*, ayudas destinadas concretamente a las niñas. Anticipo de la igualdad social de derechos del hombre y la mujer<sup>29</sup>.

La tradición judeo-cristiana otorga especial atención a los más débiles, al huérfano y a la viuda, que deben ser protegidos y socorridos. Muestra especial predilección por los niños y señala el deber de protección y acogida que se debe tener con ellos. Así lo recoge S. Marcos en su evangelio: llegaron a Cafarnaúm [...] y tomando a un niño lo puso en medio de ellos, lo abrazó y les dijo: "El que reciba en mi nombre a uno de estos niños, a mí me recibe; y quien me recibe, no me recibe a mí, sino al que me envió" (Mc 9, 33-36)<sup>30</sup>.

### **C. La protección del niño en España**

La atención del menor en España se manifiesta ya en el *Liber Iudiciorum* promulgado por Recesvinto en el año 654, traducido en la Edad Media al romance con el nombre de Fuero Juzgo<sup>31</sup>. Contiene las leyes que protegen la maternidad y el recién nacido.

En la Edad Media, el Código de las Siete Partidas, siglo XIII, es el documento legal más significativo. En la Partida Cuarta, el rey Alfonso X el Sabio establece los conceptos jurídicos de la patria potestad; los deberes y derechos de los padres para con sus hijos y los correspondientes de los hijos con sus padres; los derechos de los hijos según su condición de legítimos o no y la función social con los niños desamparados, anticipo de la figura del acogimiento familiar. La patria potestad significa, en latín y en romance, el poder que tienen los padres sobre sus hijos legítimos, que son los que quedan

---

<sup>29</sup> Rodrigo Lara, M. B. (2004). *La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad*. Madrid: Universidad Complutense. p. 35.

<sup>30</sup> Casciaro, José María y otros. (1990). *Santos Evangelios*. Pamplona: EUNSA. p. 578.

Ibidem. p. 587: "Le presentaban unos niños para que les impusiera las manos; pero los discípulos le reñían. Al verlo Jesús se enfadó y les dijo: Dejad que los niños se acerquen a mí, y no se lo impidáis, porque de éstos es el Reino de Dios. En verdad os digo: quien no reciba el Reino de Dios como un niño, no entrará en él. Y abrazándolos, los bendecía imponiéndoles las manos" (Mc 10, 13-16).

<sup>31</sup> Alvarado Planas, J et ál. (1999). *Temas de Historia del Derecho y de las Instituciones*. 2ª Edición. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. p. 190.

bajo la autoridad del padre, en cambio, los hijos naturales y los incestuosos no quedan en poder del padre como los legítimos (Título 17, Ley 1)<sup>32</sup>.

Aunque el término patria potestad presenta connotaciones de poder absoluto, no está reñida con la “piedad y deudo natural debe mover a los padres para criar a sus hijos, dándoles y haciéndoles lo que les es menester según su poder”. “Y otrosí, los hijos obligados están naturalmente a amar y a temer a sus padres, y hacerles honra y servicio y ayuda en todas aquellas maneras que lo pudieren hacer” (Título 19). También es deber de los padres, por bondad y por mesura, criar los hijos de otro hombre extraño con quien no tiene parentesco que vivan en su casa y, por piedad, con los hijos desamparados y echados (Título 20, Ley 1)<sup>33</sup>.

La institución pionera en España como Tribunal con dedicación exclusiva al menor, fue el *Pare d’Orfens* (Padre de Huérfanos), que fue creada en Valencia en 1337 por Pedro IV de Aragón y que se extendió pronto a Aragón y Navarra. La función del Padre de Huérfanos, en las localidades en que se instalaba, era la de acoger a los menores desamparados de ambos sexos y buscarles trabajo en servicio doméstico o en oficios manuales. Además, juzgaba los delitos que pudieran cometer los menores<sup>34</sup>.

El Decreto de creación de Pedro IV dice así:

[...] “Hemos resuelto que a los dichos huérfanos y a los afligidos por la indigencia, se les asignen por vos el Justicia en lo civil curadores idóneos que tengan especial cuidado de ellos para que no rehuyan las faenas que les sean propias fiados en el hábito de mendigar y nos los consuma miserablemente la infamia y la desidia”<sup>35</sup>.

En Sevilla, desde los siglos XV y XVI la protección a los menores la ejercían las cofradías, como la Hermandad de Nuestra Señora del Amparo de

---

<sup>32</sup> Llop, V. (s.f.). *Alfonso X El Sabio*. Recuperado el 09 de Octubre de 2013, de <http://www.vicentellop.com/TEXTOS/alfonsoXsabio/las7partidas.pdf>. pp. 80-83.

<sup>33</sup> *Ibídem*. p. 84.

<sup>34</sup> Montero Pedrera, A. M. (2009). *Las escuelas de reforma en España y de reeducación de menores: una mirada retrospectiva en sus orígenes*. Institucional. Universidad de Sevilla. pp. 245-255. p. 246.

<sup>35</sup> Rodríguez García, A. et álli. (2009). *Los menores en un Estado de Derecho: Normativa internacional, nacional y autonómica. Prevención de la delincuencia infanto-juvenil*. Madrid: Dykinson, S. L. p. 22.

Niños Expósitos, para acoger a los niños pobres y desvalidos<sup>36</sup>. En el siglo XVIII, la fundación de Los Toribios se ocupaba de la atención de los niños abandonados y los que no recibían los remedios del municipio y se entregaban al pillaje “hasta que su infortunio los llevaba a poblar las cárceles”<sup>37</sup>.

Otras instituciones de carácter particular, generalmente gestionadas y creadas por un patronato, tuvieron lugar en Barcelona como el Patronato de niños abandonados de Barcelona, el Patronato de jóvenes presos de Madrid, Madrideos (Toledo), La Bañeza (León), Sueca (Valencia), Cartagena (Murcia) y Ledesma (Salamanca)<sup>38</sup>.

En España, el valor y el interés por la infancia se manifiesta de modo incipiente en la sociedad del siglo XVI por una nueva actitud hacia el niño y, con mayor empeño, en el siglo XVII, que se traduce en la atención concreta por él procurándole ropa, juegos, literatura propia y nuevas consideraciones sobre su educación, tratando de diferenciar el mundo del adulto del de la infancia<sup>39</sup>.

La reglamentación de Carlos III alcanzó el ámbito de la construcción de hospicios y su funcionamiento interno. La finalidad de la educación de los niños acogidos era instruirlos en las buenas costumbres, enseñarles una ocupación u oficio para que “puedan con el tiempo restituirse a su patria o donde les convenga fijar su domicilio” haciéndose vecinos útiles y contribuyentes<sup>40</sup>.

Informado de la miserable situación en que se encuentran los niños expósitos de España e Indias, que mueren de necesidad a millares por las

---

<sup>36</sup> Montero Pedrera, A. M. (s.f.). *La primera escuela de reforma en España. Una innovación educativa en la reeducación de menores*. Recuperado el 12 de Octubre de 2013, de Universidad de Sevilla: [http://institucional.us.es/revistas/cuestiones/13/art\\_4.pdf](http://institucional.us.es/revistas/cuestiones/13/art_4.pdf). p. 53.

<sup>37</sup> Montero Pedrera, A. M. (s.f.). *Un antecedente de bienestar social en el siglo XVIII sevillano: El Colegio de los Niños Toribios*. Recuperado el 17 de Octubre de 2013, de [http://institucional.us.es/revistas/cuestiones/12/art\\_10.pdf](http://institucional.us.es/revistas/cuestiones/12/art_10.pdf). p.153.

<sup>38</sup> Montero Pedrera, A. M. (s.f.). *La primera escuela de reforma en España. Una innovación educativa en la reeducación de menores*. Recuperado el 12 de Octubre de 2013, de Universidad de Sevilla: [http://institucional.us.es/revistas/cuestiones/13/art\\_4.pdf](http://institucional.us.es/revistas/cuestiones/13/art_4.pdf). p. 54.

<sup>39</sup> Santos Sacristán, M. (s.f.). *Inicios de la protección a la infancia en España*. Recuperado el 09 de Octubre de 2013, de Universidad Rey Juan Carlos: <http://www.um.es/ixcongresoaehe/pdfB3/Los%20inicios%20de%20la%20proteccion%20infancia.pdf>. p.1.

<sup>40</sup> Álvarez Vélez, M. I. (1994). *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. p.108.

distancias desde los pueblos donde se exponen a las casas de caridad, por el modo inhumano en que son tratados en los caminos y por muchas de sus amas de cría después, Carlos IV trata de remediar la situación mediante medidas legislativas, judiciales y sociales, en su Real Decreto de 5 de enero de 1794<sup>41</sup>.

En la primera mitad del siglo XIX la secularización de la sociedad y la desamortización de Mendizábal de los bienes de la Iglesia, propició el cambio de la actividad de protección de la infancia. De la caridad privada se pasó a la beneficencia pública. En el fondo, el interés de los liberales por la problemática social estaba lastrado por el hecho de que su principal objetivo era hacerse con los bienes de las órdenes religiosas, y tenía como finalidad hacer frente a la grave crisis financiera y saldar su deuda pública con los beneficios de la venta

---

<sup>41</sup> Fernández Nieva, J. (2001). *Diputación de Badajoz*. Retrieved Octubre 20, 2013, from Don Manuel Godoy: de Príncipe de la Paz a Príncipe Humanitario: [http://www.dip-badajoz.es/cultura/ceex/reex\\_digital/reex\\_LVIII/2002/T](http://www.dip-badajoz.es/cultura/ceex/reex_digital/reex_LVIII/2002/T).

p. 22 y ss.

“[T]odos los Expósitos actuales, y futuros quedan, y han de quedar , mientras no consten sus veros padres, en la clase de hombres buenos del estado llano general, gozando los propios honores, y llevando las cargas sin diferencia de los demas vasallos homados de la misma clase. Cumplida la edad, en que otros Niños son admitidos en los Colegios de pobres, Convictorios, Casas de Huérfanos, y demas de Misericordia, tambien han de ser recibidos los Expósitos sin diferencia alguna, y han de entrar a optar en las dotes, y consignaciones dexadas, y que se dexaren para casar jóvenes de uno, y otro sexo, ó para otros destinos, fundados a favor de los pobres huérfanos, [...]

“; y mando, que las Justicias de estos mis Reynos, y los de Indias castiguen como injuria, y ofensa á cualquier persona, que intitulare, y llamare a Expósito alguno con los nombres de borde ilegítimo, bastardo y espúreo o adulterino, y que, además de hacerle retractar judicialmente, le impongan la multa pequñiaria, que fuere proporcionada a las circunstancias, dándole la ordinaria aplicación” [...]

“Finalmente mando, que en lo sucesivo no se impongan a los Expósitos las penas de vergüenza pública, ni la de azotes, ni la de horca sino aquellas que en iguales delitos se impondría a personas privilegiadas, incluyendo el último suplicio (como se ha practicado con los Expósitos en la inclusa de Madrid); pues pudiendo suceder, que el Expósito castigado sea de familia ilustre, es mi Real voluntad, que en la duda se esté por la parte más benigna, quando no se varía la sustancia de las cosas, sino solo el modo, y no se sigue perjuicio a persona alguna. lo tendreis entendido y remitireis copias firmadas de este mi Real Decreto a los Gobernadores de mis Consejos de Castilla y de las Indias, a que lo publiquen desde luego en ellos y la comuniquen a los tribunales correspondientes, y estos a las respectivas Justicias y también los referidos mis Consejos envíen copia a los Prelados Eclesiásticos, para que se enteren y puedan con su ejemplo, y exhortaciones a sus Diocesanos, inclinar su piedad al auxilio de unos pobres, tan dignos de la caridad cristiana, como son los Expósitos. Rubricado de la Real mano en Palacio a 5 de enero de 1794. A Duque de la Alcudia”.



del patrimonio incautado. De esta manera, la función asistencial que había realizado la Iglesia y la beneficencia pasó a ser asumida por el Estado<sup>42</sup>.

Legislación destacable como aportación a la protección de los derechos del menor es la Ley de 1857, es la conocida como “Ley Moyano”, que fija la escolarización obligatoria de los niños de seis a nueve años, gratuita para los que carezcan de recursos económicos. La enseñanza secundaria se impartirá en los institutos y la superior en diez universidades atendidas por el Estado. Aunque sufrió modificaciones, la Ley Moyano estuvo vigente en la práctica hasta 1945<sup>43</sup>.

Durante este siglo, el elevado porcentaje de niños que fallecían en las grandes ciudades en su primera infancia, debido a las precarias condiciones higiénico-sanitarias en que vivían, hizo sonar la alarma y su solución se consideró cuestión nacional. Médicos, higienistas y educadores se preocuparon por esta situación. En el último cuarto del siglo, la sociedad demandaba la puesta en práctica de disposiciones que protegieran a la infancia, no obstante, la primera normativa llega a España con cierto retraso en relación a otros países de nuestro entorno<sup>44</sup>.

La protección del niño en el trabajo, junto con las leyes penales para regular el abandono de niños y el infanticidio, fue una de las primeras preocupaciones de las legislaciones europeas. La Ley *Benot*, de 24 de julio de 1873, es considerada como la primera en legislar sobre la protección del trabajo del niño en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños y niñas obreros<sup>45</sup>.

La Sociedad General Protectora de la Infancia abandonada y culpable celebró en 1883 su Congreso Internacional en París, cuyas conclusiones

---

<sup>42</sup> De Palma del Teso, Á. (2006). *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. p. 21.

<sup>43</sup> *Ibidem*. p. 114.

<sup>44</sup> Rodríguez Pérez, J. L. (s.f.). *Fundación Sociedad Protectora de Niños. Madrid*. Recuperado el 09 de Octubre de 2013, de La protección a la infancia en España. Ayer y hoy: [http://www.protectoraninos.org/archivos/articulos/1288202210\\_130\\_la\\_protecci%C3%B3n\\_a\\_la\\_infancia.\\_ayer\\_y\\_hoy-2009.pdf](http://www.protectoraninos.org/archivos/articulos/1288202210_130_la_protecci%C3%B3n_a_la_infancia._ayer_y_hoy-2009.pdf). pp. 1-5.

<sup>45</sup> Rodrigo Lara, M. B. (2004). *La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad*. Madrid: Universidad Complutense. p. 69.

fueron un importante avance en el reconocimiento de los derechos de los niños. Los congresos de los últimos años del siglo XIX de Lyon, Burdeos y Ginebra, convocados con la finalidad de proteger a la infancia, fijaron normas y propuestas que se desarrollaron posteriormente. Consecuencia de estos trabajos fue la aprobación de disposiciones que regulan el trabajo de los menores de edad y el de las madres. La Ley de 26 de julio de 1878 sobre trabajos peligrosos de los niños en espectáculos públicos, prohibía a los menores de dieciséis años realizar ejercicios peligrosos de fuerza o equilibrio. Por su parte, la Ley de 13 de marzo de 1900 establecía las condiciones de trabajo de mujeres y niños, y la Ley de 23 de julio de 1903 prohibía la vagancia y la mendicidad de los menores de dieciséis años. Si bien esta legislación no logró los objetivos previstos, fue un primer reconocimiento de los derechos legales de los niños<sup>46</sup>.

Las conclusiones del IX Congreso Internacional de Higiene y Demografía de 1898 tuvieron gran trascendencia en el ámbito docente y sanitario, recomendando la regeneración de los niños débiles y enfermizos, la educación de las inteligencias de forma racional y armónica, y la extensión a todas las naciones de la legislación de protección a la infancia siguiendo el modelo de la francesa Ley *Roussel*. En España, el 12 de agosto de 1904, se aprueba la Ley de Protección a la Infancia conocida por el nombre de su promotor, Ley Tolosa, que establece la protección de la salud física y moral del niño. La Ley prevé la creación de un Consejo Superior de Protección a la Infancia con órganos a nivel nacional, provincial y local, con la misión de la acción protectora de la infancia. El art. 6 de la Ley determina los cometidos del Consejo y de las juntas<sup>47</sup>.

La protección de la infancia en la segunda mitad del siglo XIX no quedaba circunscrita al ámbito laboral. Los juristas propugnaron la intervención

---

<sup>46</sup> Rodríguez Pérez, J. L. (n.d.). *La protección a la infancia en España. Ayer y hoy*: Fundación Sociedad Protectora de Niños. Madrid. Retrieved Octubre 09, 2013, from [http://www.protectoraninos.org/archivos/articulos/1288202210\\_130\\_la\\_protecci%C3%B3n\\_a\\_la\\_infancia.\\_ayer\\_y\\_hoy-2009.pdf](http://www.protectoraninos.org/archivos/articulos/1288202210_130_la_protecci%C3%B3n_a_la_infancia._ayer_y_hoy-2009.pdf). p. 6.

<sup>47</sup> *Ibidem*. p. 8.

Álvarez Vélez, M. I. (1994). *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. pp. 116 y 117.

legislativa en sectores más delicados como la patria potestad que los padres podían perder en caso de que su conducta fuera lesiva para los menores, usar malos tratos, obligar a los hijos a ejercer la mendicidad o incitarles a la delincuencia. No era infrecuente que los padres tolerasen o alentasen a sus hijos a trabajar en las fábricas<sup>48</sup>.

La Ley de 12 de agosto de 1904 de protección de la infancia logrará la separación definitiva de la justicia penal juvenil y la de los adultos. Estaba dirigida a los menores abandonados, a los desatendidos y a los transgresores. A esta disposición seguirá la de 30 de diciembre de 1908 por la que se prohíben penas de prisión preventiva a los menores de 15 años, y la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908<sup>49</sup>.

La normativa infraconstitucional en favor de la infancia, anterior a nuestra Constitución de 1978, se inició en el siglo XIX cuando los poderes públicos comenzaron a preocuparse de legislar en favor de la infancia. En España, siguiendo la normativa europea sobre jurisdicción especializada de menores (Ley de 1907 de Colonia, el *Children Act* de 1908 de Gran Bretaña y la Ley de 1911 de Portugal) la Ley de 25 de noviembre de 1918 regula el Tribunal para niños cuyo art. 6 dispone que sólo en el caso en que el menor haya obrado con discernimiento, podrá ser condenado a prisión<sup>50</sup>.

En el ámbito jurídico a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con finalidad de proteger y regenerar a los menores infractores, se propician una serie de medidas legislativas motivadas por las teorías de ilustres juristas y de los movimientos regeneracionistas, que culminaron con la Ley de Tribunales para Niños de 1918 para gestionar mejor el problema de la protección de la infancia. La aportación de Dorado Moreno a la doctrina de reeducación de los jóvenes se condensa en su consigna “la justicia no debe afligir al afligido”. Es partidario del “tránsito de una justicia represiva y punitiva a otra tutelar y

---

<sup>48</sup> Martínez Peñas, L. (2011). *Los inicios de la legislación laboral española: La Ley Benot*. Recuperado el 10 de Octubre de 2013, de Universidad Rey Juan Carlos: [eciencia.urjc.es/bitstream/10115/5779/1/La%20ley%20Benot.doc](http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/5779/1/La%20ley%20Benot.doc). p. 3.

<sup>49</sup> Rodríguez García, A. e. (2009). *Los menores en un Estado de Derecho: Normativa internacional, nacional y autonómica. Prevención de la delincuencia infanto-juvenil*. Madrid: Dykinson, S. L. p. 23.

<sup>50</sup> Rodrigo Lara, M. B. (2004). *La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad*. Madrid: Universidad Complutense. p. 71.



educativa”, destaca la importancia de la atención a niños y jóvenes por pensar que “la mejor forma de combatir la criminalidad consiste en conocer a tiempo sus causas, previniendo los delitos por medio de la educación o el tratamiento adecuados”<sup>51</sup>.

Durante la vigencia de las Leyes Fundamentales del régimen del General Franco, el Estado encomienda a los padres en el Fuero de los Españoles la obligación de alimentar, educar e instruir a sus hijos, suspendiendo el ejercicio de la patria potestad, o privando de ella, a los que no la ejerzan dignamente, siendo transferida la guarda y educación de los menores a quienes por Ley corresponda (art. 23 Fuero de los Españoles)<sup>52</sup>.

Es destacable la iniciativa promovida por el Instituto de la Juventud con la colaboración del Instituto de Cultura Hispánica, que convoca las Primeras Jornadas Hispanoamericanas en torno al Derecho Especial del Menor, celebrada en Madrid en el año 1968. Constatan la existencia de un movimiento jurídico, casi universal, hacia la institucionalización de un Derecho especial del menor; que el menor debe recibir un trato singular por el ordenamiento jurídico de cada país; y que el Derecho del menor debe estar compuesto de normas imperativas, inderogables e imprescriptibles construido como un todo orgánico<sup>53</sup>.

Las Segundas Jornadas tuvieron lugar al año siguiente y se propusieron como objetivo enunciar los principios básicos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Colectividad Menor de Edad<sup>54</sup>, que son: los menores

---

<sup>51</sup> Moreu, Á. C. (2006). *La recepción de las doctrinas correccionalistas en España. Políticas educativas y metodologías psicopedagógicas*. Revista de Educación, 340. Mayo-agosto, pp.755-785.

p.757. De entre el grupo de juristas que se ocuparon de la recepción en España del correccionalismo en derecho penal, hay que destacar en primer término, los trabajos de Francisco Giner de los Ríos, Pedro Dorado Montero y Ramón Albó Martí, juristas todos ellos de cuya obra bebieron legisladores, promotores y presidentes de tribunal antes y después de aprobarse la Ley de Tribunales para Niños en 1918.

<sup>52</sup> Sánchez Agesta, L. (1972). *Los Documentos Constitucionales y Supranacionales con inclusión de la Leyes Fundamentales de España*. Madrid: Editora Nacional. p. 207.

<sup>53</sup> Fernández-Blanco, F. L. (1968). *Primeras Jornadas Hispanoamericanas en torno al Derecho Especial del Menor*. Retrieved Febrero 23, 2014, from [dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2082807&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2082807&orden=0).

<sup>54</sup> Mendizábal Oses, L. (1969). “Segundas Jornadas Hispanoamericanas en torno al Derecho Especial del Menor”. *Revista de Estudios Políticos*, pp. 301-304.

presentan problemas propios y especiales distintos a cualesquiera otros; el Derecho de menores tiene ya fundamentos históricos: el *Children's Bureau*, la Carta de Ginebra, los Congresos Panamericanos del Niño y la Declaración Universal de los Derechos del Niño; existen principios generales de Derecho de menores; y por último, que la persona e intereses del menor —desde su concepción hasta su mayoría de edad— exigen una regulación especial con principios propios<sup>55</sup>.

Mendizábal Oses considera que el menor “ha de respetar y proveer al beneficio de sus semejantes, que está sometido al deber jurídico, pero, el Derecho ha de arbitrar los medios necesarios para que cuente con la protección” de la que hoy se ve privado. Propugna que el Derecho del Menor que se pretende desarrollar se rija por “un principio jurídico-ético- que se asienta en la dignidad de la personalidad humana y, que exige el logro de la plenitud existencial, en quien aún no logró su pleno desarrollo psicosomático por naturales circunstancias cronológicas”. El menor de edad individualmente considerado “representa un desenvolvimiento, también en Derecho, conforme a un principio *erga omnes* que consideramos preeminente”. Reclama que se respete el valor que el menor tiene en sí mismo, ya que, no es un objeto o un medio, siendo evidente que este respeto es exigible sin excepción alguna. Por último, hace una llamada a la tutela del menor de edad, pues, “el derecho fundamental de la persona al respeto se desarrolla en derechos individuales de la personalidad que, ante la indefensión del sujeto menor de edad, han de ser real y eficazmente tutelados”<sup>56</sup>.

Lamentablemente, esta importante iniciativa para promover el estatuto jurídico del menor como sujeto de derechos por su contenido doctrinal, el

---

pp. 302- 303. Contenido de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Colectividad Menor de Edad*, elaborada por los participantes, en número de 51, todos ellos expertos en la materia —eran, aparte de la española, de nacionalidad argentina, chilena, peruana, paraguaya, uruguaya, salvadoreña, filipina, hondureña y venezolana. Título preliminar, con dos principios. En el primero se establece que: «La dignidad de la persona humana exige que el concepto de la responsabilidad, por la propia actuación, coincida en un todo con el de la capacidad de obrar con plena trascendencia jurídica. Principio segundo de la Carta: En toda relación jurídica en que intervenga un menor de edad, [...] la norma ha de ser interpretada con ese sentido tuitivo que demanda toda persona que aún no logró la maduración adulta.

<sup>55</sup> *Ibíd*em p. 302.

<sup>56</sup> Mendizábal Oses, L. (n.d.). *Fundamentación del Derecho de Menores*. Retrieved Febrero 24, 2014, from [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2065991.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2065991.pdf). p. 625 y ss.

ámbito internacional de actuación y la participación transatlántica, no ha tenido la debida repercusión en el desarrollo constitucional de nuestro país.

Con esta actuación hispanoamericana finaliza la progresión del reconocimiento de los derechos del menor y pasamos a analizar la protección de los derechos del menor en el ámbito internacional.

### **III. EL PROGRESIVO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL MENOR**

#### **1. En el ámbito universal**

##### **A. La Declaración de los Derechos del Niño de 1924**

Como hemos señalado, la protección de los derechos del menor no ha recibido la atención debida hasta el siglo pasado. Es en el siglo XX cuando el niño comienza a ser considerado como sujeto de derechos, debiendo ser especialmente protegidos los derechos fundamentales, ya que la falta de protección o el abuso que se pueda cometer contra él puede producirle un daño mayor que a un adulto<sup>57</sup>.

La protección del niño, en función principalmente de su edad, se había tenido en cuenta en otros ámbitos del derecho. En el derecho penal, por ejemplo, las legislaciones de todos los tiempos han tenido en cuenta el hecho de la edad del infractor, reconociendo que el Derecho penal juvenil tiene características propias diferentes del Derecho penal de adultos, debiéndose observar las consecuencias que reporta y las medidas que se han de seguir con el infractor menor de edad<sup>58</sup>.

Pionera en la protección de los derechos del niño fue Eglantyne Jebb que en 1919 fundó en Londres la organización *Save the Children* para ayudar a los millones de niños, refugiados y desplazados, diseminados por Europa después de la Primera Guerra Mundial. Gracias a su iniciativa se redactó la

---

<sup>57</sup> Álvarez Vélez, M. I. (1994). *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. p. 34.

<sup>58</sup> Gómez Hidalgo, J. I. (2007). *icace.org*. Recuperado el 5 de Julio de 2013, de Estudio de las Medidas Establecidas en la Ley Reguladora de Responsabilidad Penal de Menores: [www.icace.org/pdf/b04articulo01.pdf](http://www.icace.org/pdf/b04articulo01.pdf). p. 3.

Declaración de Derechos del Niño, conocida como la Declaración de Ginebra<sup>59</sup>, que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. Este texto histórico reconoce, por primera vez, la existencia de derechos específicos para los niños y sobre todo, la responsabilidad que contraen los adultos hacia ellos. Se le considera el primer texto internacional en la historia de los derechos humanos que tiene por objeto los derechos de la niñez.

Proclama que los hombres y las mujeres de todos los países, reconociendo que “la humanidad le debe al Niño lo mejor que es capaz de darle”, aceptan como su obligación los siguientes deberes por encima de cualquier consideración de raza, nacionalidad o creencia<sup>60</sup>.

La Declaración establece los principios que se deberían observar para proporcionar al niño la protección que merece, pero, no designa quiénes son los responsables de llevar a cabo las políticas correspondientes.

Aunque esta Declaración y la posterior Declaración de los Derechos del Niño de 1958 carecen de vinculación jurídica, han servido de base para concienciar a la Comunidad Internacional sobre la protección especial que requiere el menor y servir de referente para establecer normas de carácter vinculante para los estados.

---

<sup>59</sup> VV.AA. (s.f.). *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924*. Recuperado el 24 de Abril de 2013, de Portal de los Derechos del Niño: <http://www.derechosdelnino.org/ginebra-1924/>

<sup>60</sup> VV.AA. (s.f.). *Dossier de los Derechos del Niño*. Recuperado el 26 de Febrero de 2014, de Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: <http://www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfvrsn=2>.

p. 3.

- a) La promoción del desarrollo físico y espiritual del niño
- b) La satisfacción de sus necesidades primarias, alimentación, sanidad y educación; la corrección de su conducta desviada; y, la protección de los niños huérfanos y abandonados
- c) Dar prioridad al niño para recibir los socorros en caso de calamidad pública
- d) Poner al niño en condiciones de ganar su propia subsistencia y protegerlo de todo tipo de explotación
- e) Educar al niño e inculcarle el sentido del deber que tiene de poner todas sus cualidades al servicio de sus hermanos

## **B. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948**

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) reconoce de forma genérica los derechos del niño al establecer, en su art. 1, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. De modo específico promueve los cuidados y asistencia especiales de la maternidad y de la infancia y la igualdad de protección social de todos los niños, nacidos en el matrimonio o fuera de él, art. 25.2. Prescribe que la educación es un derecho y que será gratuita, al menos, la elemental y fundamental, art. 26.1. Además establece que el objeto de la educación es el pleno desarrollo de la personalidad humana, el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, para favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones, sin atender a la identidad étnica o religiosa de las personas y promover la actividad de las Naciones Unidas en su misión del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, art. 26.2<sup>61</sup>.

Nuestra norma fundamental valora la importancia de la DUDH como instrumento para la protección universal de los derechos humanos en el art. 10.2 CE, atribuyéndole criterio hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional, en la STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 10, declara que nuestro sistema de derechos fundamentales se basa en la DHDH y los convenios internacionales sobre derechos ratificados por España:

“[N]o cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”

---

<sup>61</sup> VV.AA. (s.f.). *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*. Recuperado el 16 de Mayo de 2013, de Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>

Como señala el Tribunal en la STC 38/81, de 23 de noviembre, FJ 4, “los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos que recoge la Constitución”<sup>62</sup>.

### **C. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989**

La Declaración de Derechos del Niño de 1924 y la posterior Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, productos respectivamente de la Sociedad de Naciones y de la Organización de las Naciones Unidas, carecían de carácter vinculante para las naciones firmantes. A diferencia de estas declaraciones, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 20 de noviembre de 1989 adquiere, además de la capacidad de establecer derechos para el menor y de imponer obligaciones a los países que la suscriban, un mayor alcance por la ratificación superior a las mencionadas declaraciones.

La Convención difiere de la tradición jurídica y social en vigor en muchos países antes de su aprobación, define y considera al niño conforme a sus atributos y derechos ante el Estado, la familia y la sociedad, no por sus carencias o necesidades<sup>63</sup>.

La Convención ni cae del cielo ni es producto de unos cuantos expertos. “La Convención es sin lugar a dudas la más acabada expresión de un larguísimo como sufriente proceso de generaciones por el reconocimiento de la infancia como sujeto de derechos específicos. A ella han contribuido las pacientes y esforzadas luchas por los derechos humanos, derechos de la mujer, de los pueblos indígenas, etc. Sin estas conquistas no habríamos llegado al cierre del milenio con los avances que contiene la Convención”<sup>64</sup>. Tiene la virtud de proclamar a la infancia como sujeto de derechos y “lo hace

---

<sup>62</sup> Fernández Segado, F. (1989). *Los Límites de los Derechos de los Miembros de las Fuerzas Armadas*. Recuperado el 17 de Enero de 2015, de Dialnet. Unirioja: [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4769411.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4769411.pdf). p. 2.

<sup>63</sup> Cillero Bruñol, M. (s.f.). *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios*. Recuperado el 03 de Abril de 2014, de [http://www.iin.oea.org/Infancia\\_autonomia\\_derechos.pdf](http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf). p. 4.

<sup>64</sup> Cussiánovich, A. (2009). *Ensayos sobre infancia*. Lima: IFEJANT. p. 50.



desde quienes históricamente no siempre gozaron de reconocimiento como seres competentes, como personas, como actores sociales”<sup>65</sup>.

El derecho de la infancia y la adolescencia pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos que contiene la CDN. Esta normativa se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona y sus mecanismos de protección de que los derechos del menor son complementarios, no sustitutivos, de los generales de protección reconocidos a toda persona, art. 41 CDN. Los derechos del niño emanan de la doctrina universal de los derechos humanos<sup>66</sup>.

El camino hacia la Convención lo inicia el canónigo Mons. Moerman, Secretario General del BICE (*Bureau International Catholique de l'Enfance*) ONG dedicada a la protección de los derechos del niño y a la lucha contra el maltrato del niño, quien tuvo la iniciativa de proponer a las Naciones Unidas la declaración de un Año Internacional del Niño. A esta propuesta se sumaron unas veinte organizaciones internacionales católicas y un centenar de organizaciones internacionales no gubernamentales. Tras cinco años de difusión de esta idea la propuesta fue aprobada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que acuerda, el 5 de agosto de 1976, proponer a la Asamblea General que decida proclamar el año 1979 -20 aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño- Año Internacional del Niño. La Asamblea accede a la solicitud el 21 de diciembre de 1976 y pide a cada Estado miembro que renueve su preocupación por el presente y el porvenir de los niños en el ámbito interno y en el internacional. Ante el hecho incontestable de que hay unos 350 millones de niños que no tienen alcance a los servicios básicos como la medicina, la educación y el saneamiento, la Asamblea manifiesta que se deben adoptar medidas para resolver esta situación y

---

<sup>65</sup> Ibídem. p. 49.

<sup>66</sup> Cillero Bruñol, M. (1999). *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 23 de Octubre de 2013, de Instituto Interamericano. Organización de Estados Americanos: [http://www.iin.oea.org/cursos\\_a\\_distancia/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf). p. 1.

encarga al Fondo Internacional de las Naciones para la Infancia (UNICEF) que lidere la acción mundial para que el Año Internacional del Niño sea un éxito<sup>67</sup>.

Posteriormente, el 17 de enero de 1978, Adam Laptka representante permanente de Polonia ante la Organización de las Naciones Unidas, propone al Director de la División de derechos humanos de la Oficina de Ginebra, que se incluya la idea de una Convención sobre los Derechos del Niño en la agenda de la Comisión de Derechos Humanos. En la trigésimo cuarta sesión de la Comisión, la delegación polaca presentó un proyecto de Convención basado en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959<sup>68</sup>.

El 7 de febrero de 1978, el representante del Gobierno de Polonia presentó en la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas el proyecto de convención sobre los derechos del niño (E/CN.4/L.1366/Rev.1). La propuesta polaca pretendía que se aprobara un texto jurídicamente vinculante de carácter internacional con la forma de una convención sobre los derechos del niño, habida cuenta de que las Declaraciones de 1924 y de 1959 sobre la misma materia no comportaban obligaciones jurídicas para los Estados<sup>69</sup>.

Esta idea se justificaba por las graves injusticias que sufrían los niños, las elevadas tasas de mortalidad infantil, los deficientes cuidados sanitarios y las escasas posibilidades de acceso a la educación elemental. A esta cuenta de daños se añadían situaciones alarmantes: maltrato infantil, niños utilizados con fines sexuales o en trabajos peligrosos, encarcelamiento de menores o en situaciones difíciles, niños refugiados y víctimas de conflictos armados<sup>70</sup>.

La Comisión de Derechos Humanos encargó la tarea de considerar el proyecto de Convención a un Grupo de Trabajo informal en 1979. Al año siguiente, le encomendó la misión de discutir su versión revisada, que el

---

<sup>67</sup> Bosch Marín, Juan. Anales de la Real Academia Nacional de Medicina. I Sesión Científica. Día 22 de enero de 1978. p. 40.

<sup>68</sup> Carmona Luque, M. d. (2011). *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de Progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson. p. 50.

<sup>69</sup> VV.AA. . (2012). *Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos*. Recuperado el 18 de julio de 2013, de Naciones Unidas: [http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/crc/crc\\_ph\\_s.pdf](http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/crc/crc_ph_s.pdf). p. 1.

<sup>70</sup> VV.AA. (25 de Junio de 1993). *Les droits de l'enfant. Fiche d'information No 10 (Rev.1)*. Recuperado el 18 de Julio de 2013, de OHCHR. Conférence mondiale sur les droits de l'homme à Vienne: [www.ohchr.org/Documents/.../FactSheet10Rev.1fr.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/.../FactSheet10Rev.1fr.pdf). p.1.



representante permanente de Polonia envió a la División de Derechos Humanos el 5 de octubre de 1979<sup>71</sup>.

El texto de la Convención, es aprobado por la Comisión de Derechos Humanos y por el Consejo Económico y Social y, posteriormente, por la Asamblea General el 24 de mayo de 1989.

El proceso iniciado con los trabajos preparatorios del Año Internacional del Niño en 1979, concluía con la adopción de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 una década más tarde.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, cuenta con tres protocolos facultativos: el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía entró en vigor el 18 de enero de 2002; el Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados entró en vigor el 12 de febrero de 2002; y el 14 de abril de 2014 entra en vigor el tercer Protocolo facultativo, sobre el procedimiento de comunicaciones al Comité, que le permitirá, a través de un *hiperlink*, recibir denuncias de personas o grupos de personas en contra de los estados que han ratificado el instrumento. Hasta el momento, ha sido ratificada por todos los países excepto Somalia y los Estados Unidos.

A pesar de su general aceptación, las declaraciones y reservas a la misma son numerosísimas. Los países de religión islámica manifiestan su reserva a las provisiones que sean incompatibles con la ley islámica de la *Shari'a*<sup>72</sup>, a pesar de que el régimen general de reservas de la Convención, recogido en su art. 51.2, señala que “no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la presente Convención”.

No obstante, del análisis de las reservas formuladas por los estados partes: unas resultarían no válidas por manifestarse contrarias a la finalidad de la Convención; otras por afectar a su esencia; algunas por cuestionar su

---

<sup>71</sup> Carmona Luque, M. d. (2011). *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de Progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson. p. 50.

<sup>72</sup> VV.AA. (20 de Noviembre de 1989). *Convention on the Rights of the Child*. Recuperado el 17 de Octubre de 2013, de United Nations Organization : <http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-11.en.pdf>. p. 3.

carácter vinculante; o por la falta de concreción en su formulación. Todo ello supone una debilidad, pues las normas mínimas de derechos reconocidos a los niños pueden ser vulneradas por particularismos nacionales o de religión<sup>73</sup>.

La estructura jurídica de la Convención establece diez principios generales de los que el 1,2 y 8 están referidos a la protección de los derechos humanos de los niños; el 3 al derecho a nombre y a la nacionalidad; los 4, 5, 6 y 7 al derecho a la salud, desarrollo de la personalidad y educación; y a la protección de abandono, crueldad, discriminación y edad mínima de admisión a trabajo los principios 9 y 10.

La Convención reconoce al niño como un sujeto pleno de derechos, *sui iuris*, constituyéndose los estados firmantes en garantes de estos derechos. Forman parte de la Convención los derechos civiles y políticos y, también, los económicos, sociales y culturales, superándose así la división característica de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos<sup>74</sup>. Proclama a nivel universal la especial protección que se debe prestar a los niños, y las obligaciones que la Convención establece para los Estados partes de modo que respeten y protejan los derechos del menor con carácter general y sin ninguna distinción.

#### a. La Convención y el reconocimiento de los derechos del menor

Como hemos señalado, la Convención es el primer instrumento internacional que crea obligaciones y responsabilidades a los estados sobre los menores e incorpora en un mismo texto, además de los derechos fundamentales relativos al niño, los sociales, culturales, económicos, civiles y políticos. Dispone que la garantía del cumplimiento de sus disposiciones la efectuarán los estados parte mediante las medidas legislativas, administrativas, sociales, educativas y de otra índole<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> García San José, D. I. (2001). *Soberanía y derechos humanos en la Convención sobre los Derechos del Niño: la Tensión entre las Reservas Permitidas y las Obligaciones Asumidas por los Estados Partes*. Anuario de Derecho Nº 23 , pp. 142-165. pp. 144-145.

<sup>74</sup> Miranda Estrampes, M. (2006). *La Convención frente al Desamparo del Menor*. Barcelona: Bosch. p. 103.

<sup>75</sup> VV.AA. . (1995). *Código de los Derechos del Niño. Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959*. Pamplona: Aranzadi. pp. 148 y ss.

Art. 4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.

La Convención asigna un protagonismo importante a las familias y a los estados para hacerse cargo del bienestar de la infancia. Ambos tienen responsabilidades legalmente reconocidas de forma que el bienestar del niño no dependa solamente de la disposición favorable de los adultos<sup>76</sup>.

Por otra parte, el contraste de la Convención con otras declaraciones de derechos, como la Carta Africana de Derechos y Bienestar del Niño (Organización de la Unidad Africana de 1990), pone de manifiesto las diferencias culturales de las sociedades que los proclaman. Por ejemplo, la citada Carta Africana establece en su art. 31 que cada niño tendrá responsabilidades con su familia y la sociedad [...]. El niño, de acuerdo con su edad y capacidad, [...] tendrá la obligación de trabajar para la cohesión de la familia, respetar a sus padres, superiores y mayores, en todo tiempo y de asistirlos en caso de necesidad [...]<sup>77</sup>.

#### b. Reservas de estados partes a la aplicación de la Convención

La CDN ha encontrado un amplio respaldo por haber sido ratificada por 191 países excepto Estados Unidos y Somalia. En Estados Unidos fue firmada por el Presidente Clinton en 1995, sin embargo, se produjo un intenso debate sobre su ratificación. Los juristas Hafen, padre e hijo, publicaron un extenso análisis de la Convención en el que se reconocen sus aspectos positivos, pero que pone de manifiesto los aspectos negativos que el ciudadano corriente no conoce<sup>78</sup>.

La razón esencial de la no ratificación americana estriba en el sentimiento de crisis inminente, ya que, el concepto legal del derecho del

---

Art. 19.1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental [...]. Artículo 33. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas [...].

<sup>76</sup> Martínez Ten, A. (2000). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 17 de Enero de 2015, de Ciber Corresponsables: [https://www.cibercorresponsales.org/system/custom.../Modulo\\_9.pdf](https://www.cibercorresponsales.org/system/custom.../Modulo_9.pdf). P.5.

<sup>77</sup> Woodhead, M. (2006). *UNESCO*. Retrieved Octubre 19, 2013, from <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001474/147499e.pdf>. p. 26.

<sup>78</sup> Camacho, J. J. (15 de Abril de 1998). *Una Convención que puede perjudicar a la familia ¿Los niños necesitan derechos o protección?* Recuperado el 17 de Octubre de 2013, de ACEPRENSA: [www.aceprensa.com/articles/los-ni-os-necesitan-derechos-o-proteccion/](http://www.aceprensa.com/articles/los-ni-os-necesitan-derechos-o-proteccion/). p. 2.

menor a la autonomía actuaría como un ataque frontal que dismantlaría el factor humano en las relaciones de padre e hijo. Es este sentido de crisis, más que cualquier otra cosa, el que previno la ratificación en América cuna de la filosofía y del espíritu de la Convención<sup>79</sup>.

A la rapidez de la ratificación y entrada en vigor se han unido las numerosas reservas planteadas por los estados partes. Es significativo que el texto de las reservas y declaraciones de los estados partes a la Convención ocupe más espacio que el de la Convención misma. De los 191 estados partes de la Convención 66 han formulado reservas o declaraciones interpretativas sobre 29 de los 40 artículos sustantivos de la misma. La cuestión se agrava porque muchas de ellas son contrarias al objeto de la convención<sup>80</sup>.

En cambio, algunas declaraciones se manifiestan a favor de conceder una mayor protección al niño, como el caso de España y otros países, que postulan por elevar la edad de la participación del niño en los conflictos armados. Pero, normalmente, las declaraciones y reservas están referidas a limitaciones de derechos fundamentales y de su aplicación igualitaria.

Este es el caso de Afganistán y los países islámicos en general, que manifiestan la reserva a todas las provisiones de la Convención que sean incompatibles con el Derecho islámico de la *Shari'a*. Esto puede plantear serios problemas en cuanto a la igualdad de trato conferido a niños y niñas, acceso a la educación, restricciones a la adopción, elección de la religión y otros<sup>81</sup>.

Otros países, como Canadá y Japón, manifiestan su reserva a la separación de niños y adultos en los centros de detención, y en sentido parecido se manifiesta Australia. Holanda hace su reserva al art. 37 CDN, ya

---

<sup>79</sup> Morita, A. (2000). Beyond the Myth of Children's Rights: From an Interdisciplinary and Cross-Cultural Perspective. *World Family Polity Forum 2000*, pp. 73-77.

p.74: "Lucier expresses quite succinctly the feeling of impending crisis that the legal concept of the child's right to autonomy would act as a frontal attack that tears down the human factor in parent-child relationships. It is this sense of crisis, more than anything else that has prevented ratification in America, the home of the philosophy and spirit of the convention".

<sup>80</sup> García San José, D. I. (2001). *Soberanía y derechos humanos en la Convención sobre los Derechos del Niño: la Tensión entre las Reservas Permitidas y las Obligaciones Asumidas por los Estados Partes*. Anuario de Derecho Nº 23, pp. 142-165. p.145.

<sup>81</sup> Camacho, J. J. (15 de Abril de 1998). *Una Convención que puede perjudicar a la familia ¿Los niños necesitan derechos o protección?* Recuperado el 17 de Octubre de 2013, de ACEPRENSA: [www.aceprensa.com/articles/los-ni-os-necesitan-derechos-o-proteccion/](http://www.aceprensa.com/articles/los-ni-os-necesitan-derechos-o-proteccion/). p. 2.

que su legislación permite aplicar a los niños, a partir de los 16 años, las penas de los adultos.

El derecho a la vida, art. 6.1 de la CDN, se proveerá en China de acuerdo con el art. 25 de su Constitución sobre la planificación familiar. Francia declara que el art. 6 de la CDN no será interpretado como constitutivo de obstáculo a las provisiones de su legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Para Luxemburgo el art. 6 de la CDN no presentará obstáculo al cumplimiento de la legislación concerniente a la información sexual, la prevención de la “*back-street abortion*”<sup>82</sup> y la regulación de la terminación del embarazo.

Otro grupo de países con poblaciones indígenas en su territorio, manifiestan su reserva al trato igualitario con los hijos de los aborígenes ya que serán tratados de acuerdo con sus usos y costumbres<sup>83</sup>.

Podemos sintetizar que pueden constituir graves limitaciones al ejercicio y disfrute de los derechos del niño, en determinados países o conjunto de países, las reservas a las prescripciones de la Convención por motivos religiosos, insuficiencia de medios adecuados, legislación interna de los estados partes, motivos culturales, tradiciones y otros.

#### c. El Comité de los Derechos del Niño

Con la finalidad de examinar los progresos realizados por los estados partes en el cumplimiento y aplicación de sus obligaciones contraídas, la Convención establece, en su art. 43, el Comité de los Derechos del Niño. Los estados partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para llevar a efecto los derechos reconocidos en la

---

<sup>82</sup> Cambridge Dictionaries on Line. Back-street abortion: An illegal and usually dangerous operation to end a pregnancy done by someone who is not medically trained. [dictionary.cambridge.org/es/diccionario/britanico/backstreet-abortion](http://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/britanico/backstreet-abortion).

<sup>83</sup> VV.AA. (20 de Noviembre de 1989). *Convention on the Rights of the Child*. Recuperado el 17 de Octubre de 2013, de United Nations Organization : <http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-11.en.pdf>



Convención y sobre los progresos que hayan logrado en cuanto al goce de esos derechos por los niños, art. 44.1 CDN<sup>84</sup>.

El Comité, en base a lo dispuesto en el art. 45 CDN que le autoriza a formular sugerencias y recomendaciones basadas en los informes recibidos de los estados partes (arts. 44 y 45 de la Convención), emite periódicamente las llamadas observaciones generales. Su objetivo principal es promover, promocionar y estimular la aplicación de las disposiciones de la Convención.

Para lograr la efectividad de las observaciones generales, éstas deberán comunicarse a los funcionarios gubernamentales que trabajen en los ámbitos en ellas abordados, a las organizaciones de la sociedad civil, a los grupos que se relacionan con la infancia, a las ONG, al sector universitario y a los niños. Destinatarios cualificados de las observaciones deberán ser los jueces, los abogados y las instituciones nacionales de derechos humanos<sup>85</sup>.

Desde el año 2001, el Comité ha publicado catorce Observaciones Generales que cubren diversas materias incluyendo primera infancia, HIV/SIDA, salud del adolescente, niños no acompañados y separados, los propósitos de la educación e instituciones nacionales independientes de derechos humanos. El quinto documento de Observaciones Generales se refiere a las medidas generales de aplicación de la CDN y provee guía sobre cómo poner en marcha y hacerla operativa en los sistemas nacionales<sup>86</sup>.

La última observación general tiene como objeto que el interés superior del niño sea la consideración primordial (Observación general número 14, de primero de febrero de 2013), referida al art. 3.1 de la Convención<sup>87</sup>.

En el caso de España, el Comité a la vista de los informes periódicos combinados tercero y cuarto que le remite en el período 2002 a 2006, formula

---

<sup>84</sup> V.AA. (s.f.). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 17 de Febrero de 2013, de Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>. p.15.

<sup>85</sup> VV.AA. (s.f.). *NGO Group for the Children Rights Committee*. Recuperado el 18 de Octubre de 2013, de Child Rights Net: [http://www.childrightsnet.org/docs/FileManager/ngogroup/Fact\\_sheet\\_CRC\\_GC\\_SP.pdf](http://www.childrightsnet.org/docs/FileManager/ngogroup/Fact_sheet_CRC_GC_SP.pdf)

<sup>86</sup> Centro de Investigaciones Innocenti. (2006). *United Nations Children's Fund. Florencia. Italia*. Retrieved from [www.unicef.org/ceecis/crgencommes.pdf](http://www.unicef.org/ceecis/crgencommes.pdf).

<sup>87</sup> VV.AA. (2006). *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de UNICEF: <http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf>

las observaciones correspondientes. El Comité reconoce los progresos logrados por España en la aplicación de la Convención, en particular a la aprobación de los instrumentos legislativos y planes estratégicos sobre la infancia. En cambio, expresa sus principales motivos de preocupación y hace las consiguientes recomendaciones. Del extenso comunicado, destacamos las que mayor relación tienen con la protección de los menores extranjeros no acompañados y sus derechos.

Sobre las recomendaciones efectuadas al segundo informe presentado por España que, a la vista del informe combinado, no han tenido la debida aplicación, el Comité insiste en las carencias observadas en coordinación, reunión de datos, discriminación de los niños migrantes, de los niños extranjeros no acompañados y de los niños privados de libertad.

En cuanto a los informes combinados tercero y cuarto presentados por España en enero de 2008, el Comité recomienda prestar atención a los siguientes ámbitos relacionados con actuaciones con MENAS: asegurar que la legislación y normas de las comunidades autónomas se ajusten a los principios y disposiciones de la Convención; mejorar el sistema de coordinación efectiva entre la administración central y la autonómica en la aplicación de las políticas de promoción del niño; reforzar los mecanismos de reunión y análisis sistemático de datos, en especial de los niños romaníes, los migrantes y los MENAS; respeto por las opiniones del niño a cualquier edad en los procedimientos administrativos, judiciales y en las vistas sobre su custodia; medidas especiales de protección para evitar los procedimientos irregulares de expulsión de menores no acompañados, para establecer centros de acogida adecuados a los niños, coordinar con los países de origen –especialmente Marruecos- para que los niños repatriados sean devueltos a familiares u organismo de asistencia social competente<sup>88</sup>.

El Comité pone de manifiesto la falta de coordinación legislativa y administrativa entre el Estado y las comunidades autónomas, deficiencia

---

<sup>88</sup> VV.AA. (03 de Noviembre de 2010). *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: España*. Recuperado el 11 de Junio de 2014, de UNICEF: <https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Observaciones.pdf> pp. 1-15.

también denunciada por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa<sup>89</sup>.

## **2. En el sistema europeo de protección de derechos**

La DUDH instauró un sistema internacional de protección de los derechos humanos. Los componentes relacionados de esta estrategia son tres, el primero la codificación de los derechos, el segundo los mecanismos de control, y el tercero la prevención de la violación de los derechos<sup>90</sup>.

El sistema europeo de protección de los derechos basado en el Convenio de Roma es muy avanzado y se manifiesta en dos dimensiones: en la definición de los derechos reconocidos; y en el establecimiento de mecanismos de garantía para vigilar, interpretar y hacer cumplir el Convenio, y sancionar las infracciones del mismo. El sistema de protección se basa en el control jurisdiccional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con la competencia para decidir una demanda, instruirla conforme a las reglas de derechos y procedimiento judicial y dar una solución por medio de una sentencia. Todos los derechos reconocidos en el Convenio son de aplicación a los MENAS destacando: el derecho a juicio equitativo y sus garantías procesales, el derecho a la libre circulación dentro del territorio del Estado, a escoger su residencia y a entrar y salir del territorio del Estado del que son ciudadanos<sup>91</sup>.

Europa fue el primer continente en el que cristalizó el movimiento a favor de la regionalización de la protección de los derechos humanos con la entrada en vigor del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). En la actualidad, la protección europea de los derechos humanos se manifiesta en tres ámbitos: el primero, el de la UE, cuya normativa en materia de derechos se basa en los tratados, en

---

<sup>89</sup> VV.AA. (2005). *Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España 10-19 de marzo de 2005 a la atención del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria*. Madrid: Defensor del Pueblo. pp. 36-38.

<sup>90</sup> Pastor Ridruejo, J. A. (1988). *La protección jurisdiccional de los derechos humanos: una comparación entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*. Revista Electrónica Iberoamericana- ALCUE, pp. 5-14. pp.5-7.

<sup>91</sup> Díez de Velasco Vallejo, M. (1999). *Las Organizaciones Internacionales, undécima edición*. Madrid: Tecnos. pp. 473-476.



la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y en la jurisprudencia de su Tribunal; el segundo, la Organización para la Seguridad y Cooperación Europea que considera los derechos humanos como uno de los “principios que rigen las relaciones recíprocas de los Estados participantes” en la Conferencia; el tercero, el institucionalizado por el Consejo de Europa cuya base jurídica está conformada por el CEDH y la Carta Social Europea (CSE), su órgano jurisdiccional, como ya hemos señalado, es TEDH<sup>92</sup>.

A la posible inseguridad jurídica que podría representar para los MENAS el reconocimiento y garantía de sus derechos como consecuencia de su conocida movilidad por Europa, el CEDH ha respondido con su función armonizadora de los derechos en el ámbito europeo. Así, el Convenio ha pretendido erigirse en el estándar mínimo europeo en materia de derechos y libertades mediante un catálogo limitado de derechos, y el nivel mínimo de garantía europeo. En segundo lugar, con la asunción por el sistema europeo de la diversidad de los estados que lo conforman<sup>93</sup>.

En un sistema de protección de derechos, como el europeo, en el que concurren varios tribunales, es precisa la coexistencia pacífica entre ellos, a lo que ha contribuido, por una parte el hecho de que la doctrina establecida por el TEDH haya repercutido en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y órganos judiciales europeos<sup>94</sup>. Por otra, el art. 52.3 de la CDFUE al disponer que el sentido y significado de los derechos contenidos en la Carta serán los mismos que los del CEDH:

“[E]n la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance

---

<sup>92</sup> Rodríguez Rodríguez, J. (s.f.). *El sistema europeo de protección internacional de los derechos humanos*. Recuperado el 19 de Enero de 2015, de Universidad Autónoma de México: [bibliojuridicas.unam.mx](http://bibliojuridicas.unam.mx). pp. 129-130.

<sup>93</sup> Queralt Jiménez, A. (2007). Los Usos del Canon Europeo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Una Muestra del Proceso de Armonización Europea en Materia de Derechos Fundamentales. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20 , pp.435-470. p.436.

<sup>94</sup> Álvarez Conde, E. (n.d.). *El sistema constitucional español de derechos fundamentales*. Retrieved Diciembre 20, 2013, from: Universidad Rey Juan Carlos. <http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/1747/1/El%20sistema%20constitucional%20espa%C3%B1ol%20de%20Derechos%20Fundamentales.pdf>.

serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.

La solución del mencionado artículo refleja la autonomía e independencia que han mantenido la Carta y el Convenio, y la pretensión de la primera de establecer un ámbito de protección mayor que el del Convenio por extenderla, no sólo a los derechos fundamentales, sino también a los económicos, a los sociales y a los de la ciudadanía de la UE. A la mencionada armonía entre los dos tribunales han coadyuvado, sin que se haya manifestado durante décadas ningún tipo de conflicto, el respeto mutuo y las reglas diversas que delimitan las competencias de ambos sin que sean las resoluciones de un tribunal objeto de revisión por el otro<sup>95</sup>.

Una manifestación de la colaboración entre el Consejo de Europa y la Unión Europea tiene lugar en enero de 2010, mediante la elaboración del Manual de legislación europea contra la discriminación por parte del TEDH y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con objeto de profundizar en el conocimiento de los principios comunes desarrollados por el TEDH y el TJUE para la aplicación nacional de las normas contra la discriminación<sup>96</sup>.

La creación de un espacio europeo de derechos constituido por tres niveles jurisdiccionales (el interno, el del Convenio y el de la UE) que no se deben contradecir se posibilita, en opinión de García Roca, por “la interacción de las jurisprudencias constitucionales y europea sobre derechos; la existencia de una análoga interpretación constitucional en el espacio europeo; finalmente, la construcción de un *ius commune* que facilita el diálogo judicial”, lo que está contribuyendo a crear un orden público europeo<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Blasi Casagran, C. (2010). *La Protección de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa*. Barcelona: Institut Universitari d'Estudis Europeus. Universitat Autònoma de Barcelona. p. 15.

<sup>96</sup> VV.AA. (2011). *TEDH & Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE. Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo, Luxemburgo: Oficina de publicaciones de la Unión Europea.

<sup>97</sup> García Roca, J. (2012). El Diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales en la Construcción de un Orden Público Europeo. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, pp. 181-222. p. 181.

La jurisprudencia del TEDH desempeña una función armonizadora de los derechos fundamentales en el ámbito europeo en dos sentidos: “el CEDH ha pretendido erigirse en el estándar mínimo europeo en materia de derechos y libertades”, por estar conformado por un catálogo reducido de derechos y libertades y representar el nivel mínimo de garantía europeo; por otra parte, el sistema europeo acoge la diversidad de los estados que lo constituyen. La integración de un sistema plural y la existencia de un estándar mínimo europeo conllevan aceptar que el sistema europeo de garantía implica un proceso de armonización en materia de derechos y libertades, pero no de uniformización. Este proceso de armonización debe entenderse en términos de compatibilidad, no de identidad o conformidad *stricto sensu*, que hace posible el principio de subsidiariedad del sistema europeo, y permite a los estados parte elegir los medios para cumplir con las obligaciones que comporta la ratificación del Convenio<sup>98</sup>.

En la dimensión institucional y procesal del Derecho internacional de los derechos humanos “el Estado es responsable principal y primordial del respeto de esos derechos”. En cuanto a la protección jurisdiccional “el juez nacional es el juez natural de los derechos humanos”. En consecuencia, la comunidad internacional sus normas e instituciones, sólo intervienen de forma subsidiaria en el caso de que el estado fallara en el cumplimiento de esa obligación<sup>99</sup>.

### **A. La protección de los derechos del menor en el Convenio Europeo**

Tras la introducción hecha en el epígrafe anterior del sistema europeo de protección de derechos humanos en la que hemos analizado la coexistencia

---

<sup>98</sup> Queralt Jiménez, A. (2007). Los Usos del Canon Europeo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Una Muestra del Proceso de Armonización Europea en Materia de Derechos Fundamentales. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20 , pp. 435-470.

p. 438. “En definitiva, a diferencia de la función uniformadora del Derecho comunitario que desempeña el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ámbito de la Unión Europea, especialmente a través de la cuestión prejudicial, el TEDH a través de sus sentencias desempeña una función armonizadora de los sistemas de garantía existentes en Europa, incluido el propio sistema de protección de derechos y libertades fundamentales del ordenamiento comunitario”.

<sup>99</sup> Pastor Ridruejo, José Antonio y Rodríguez Iglesias, Gil Carlos. (2004, Octubre 24). *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE)*. Retrieved Noviembre 25, 2013, from Fragmentación o consolidación de la protección de los Derechos fundamentales: el papel de los tribunales europeos: <http://www.fride.org/download/FRIDE-28.pdf>. p. 3.

armoniosa de varios sistemas jurisdiccionales, analizamos la función del CEDH en la protección de los derechos de los MENAS.

Con el CEDH se produce una internacionalización de las garantías de los derechos humanos y de las libertades fundamentales al proporcionarles una protección jurisdiccional más allá del ámbito estatal gozando, no obstante, los derechos humanos de las características de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. El CEDH pretende asegurar la garantía colectiva de los derechos que contiene, aunque esta protección es subsidiaria de la que le corresponde al Estado, que es quien tiene la responsabilidad principal de asegurar y hacer efectivo su cumplimiento en su jurisdicción<sup>100</sup>.

Relacionado con el carácter de subsidiariedad del TEDH en la protección de los derechos hay que señalar que el Tribunal reconoce el *ius standi* de particulares víctimas de violaciones de derechos humanos, una vez que se hayan agotado los recursos jurisdiccionales internos del estado. Por otra parte, las sentencias del Tribunal no derogan leyes o anulan decisiones judiciales o actos administrativos internos del estado<sup>101</sup>.

El reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo mediante la adhesión de la UE al CEDH, prevista en el art. 6.2 del Tratado de Lisboa, ha surtido una eficacia transformadora proporcionando un sentido más unitario e integrador de los derechos<sup>102</sup>.

La remisión del art. 96.1 CE a los tratados y convenios internacionales ratificados por España constituye la base constitucional de nuestra incorporación al sistema de protección de derechos de la Convención, al convertirse tras su publicación oficial, en norma directamente aplicable frente a todos los poderes públicos y, en determinados casos, también frente a particulares. Por otra parte, la disposición del art. 10.2 CE confiere al Convenio

---

<sup>100</sup> Garriga Domínguez, A. (.), & Álvarez González, S. (.). (2010). *La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Vigo: El tiempo de los derechos. pp. 3-4.

<sup>101</sup> Pastor Ridruejo, J. A. (1988). *La protección jurisdiccional de los derechos humanos: una comparación entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*. Revista Electrónica Iberoamericana- ALCUE, pp. 5-14. pp. 8-10.

<sup>102</sup> García Roca, J. (2013). El Diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la Construcción de un Orden Público Europeo. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, pp. 181-222. p. 183.

criterio hermenéutico para la interpretación de todas las normas españolas referentes a derechos y libertades<sup>103</sup>.

España se adhiere al Convenio el 10 de octubre de 1979 y acepta desde entonces el reconocimiento pleno de la jurisdicción del TEDH. Como Estado parte del Convenio está obligada a que no sólo reconozca el principio imperativo del Derecho, sino también el principio en cuya virtud cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción haya de gozar del disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales<sup>104</sup>.

El Convenio establece la obligatoriedad del cumplimiento de las decisiones del Tribunal, pero el mecanismo y los medios para hacerlas efectivas serán las que el Estado en cuestión decida<sup>105</sup>.

Como señala el TC: “El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado” (STC 245/1991, FJ 3). Por otra parte, en el caso de la violación de un derecho reconocido en el Convenio que suponga, a su vez, la violación de un derecho constitucional, es obligada la reparación por los órganos internos del Estado<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> Freixes, T. (2011). Las Consecuencias de la Integración de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Multinivel. En C. e. Gavara, *El Sistema Multinivel de los Derechos Fundamentales en Europa. 50 aniversario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (pp. 141-221). Madrid: Universitat Autònoma de Barcelona. pp. 144-145.

<sup>104</sup> Díez de Velasco Vallejo, M. (1999). *Las Organizaciones Internacionales, undécima edición*. Madrid: Tecnos. p. 471.

<sup>105</sup> Garriga Domínguez, A. (.), & Álvarez González, S. (.). (2010). *La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Vigo: El tiempo de los derechos.

p. 5. De todas formas, debemos de compartir el criterio establecido por Izquierdo Sans a la hora de señalar que simplemente el Consejo de Europa responde al tradicional modelo de cooperación internacional en el que no se procede a una transferencia de competencias, creándose por tanto un Tribunal Internacional que ejerce una jurisdicción pero no nacional “*en el sentido de territorio en el cual el juez tiene capacidad de actuar como tal, sino en el sentido del poder o autoridad que tienen los jueces para juzgar y aplicar el derecho*” y a tal efecto su eficacia en el ordenamiento jurídico interno es deseada por los propios Estados parte del Convenio a la hora de reconocerse la obligatoriedad de las decisiones del Tribunal. Si bien el mecanismo por ahora señalado en el Convenio es que el Estado afectado decidirá los medios para proceder a su cumplimiento.

<sup>106</sup> Freixes, T. (Junio de 2011). Las Consecuencias de la Integración de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Multinivel. En C. e. Gavara, *El Sistema Multinivel de los Derechos Fundamentales en Europa. 50 aniversario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (pp. 141-221). Madrid: Universitat Autònoma de Barcelona.



Así lo establece el Tribunal en su sentencia 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 3: “el Tribunal Europeo declaró la existencia de una violación del Convenio especialmente cualificada, la del art. 6.1, en un proceso penal terminó con la condena de los actores y al que dicho Tribunal imputa una serie de irregularidades” [...] “que le llevan a concluir que aquel procedimiento penal, tomado en su conjunto, no ha satisfecho las exigencias de un juicio justo y público” y añade: “la violación de aquel precepto del Convenio, declarada por Sentencia del TEDH, no puede significar sino que los recurrentes con objeto de unas condenas penales de pérdida de libertad, que no les fueron puestas en un juicio público y justo con todas las garantías, habiéndose vulnerado el art. 24.2 C.E”. El Tribunal decide: “Estimar parcialmente la demanda de amparo, y en su virtud: 1º Reconocer el derecho de los recurrentes a un proceso público con todas las garantías”.

La función y objetivos del Convenio los precisa el Tribunal de Estrasburgo al señalar que “teniendo cuerpo de tratado, alberga alma de instrumento constitucional del orden público europeo”. Expresa así su doble naturaleza específica y de sus palabras se deducen importantes consecuencias: el sistema va más allá de un esquema de reciprocidad entre los Estados y de solución de asuntos individuales, ya que instaura una red mutua de compromisos bilaterales y obligaciones objetivas garantizadas colectivamente, que “tiene como objetivo ser un Derecho directamente aplicable en los ordenamientos internos aunque, a menudo, no directamente ejecutable”<sup>107</sup>.

¿Significa que el sistema europeo de protección de derechos haya instaurado “un sistema judicial jerárquicamente integrado con los sistemas estatales, siendo por tanto el TEDH una instancia superior respecto a los órganos jurisdiccionales estatales”? Diversas resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional han negado taxativamente tal carácter, manteniendo que el TEDH se configura como un órgano jurisdiccional internacional, no supranacional. La ratificación del Convenio no se ha

---

<sup>107</sup> García Roca, J. (2013). El Diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la Construcción de un Orden Público Europeo. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, pp. 181-222. p. 186.

producido de acuerdo con lo dispuesto en el art. 93 CE, previsto para atribuir a una organización o institución internacional competencias derivadas de la Constitución<sup>108</sup>.

De esta manera, la aplicación del Derecho internacional por parte de los Tribunales europeos responde al principio de subsidiariedad, lo que significa que, a pesar de existir normas e instituciones internacionales en materia de derechos humanos, el principal responsable del respeto de esos derechos es el Estado y los órganos jurisdiccionales sus garantes, como afirma nuestra Constitución. Por tanto, es el juez nacional, el juez natural de los derechos humanos. Corolario de este principio de subsidiariedad es que la comunidad internacional, sus normas e instituciones, sólo intervienen en el caso de que el Estado y sus instituciones hayan fallado en el desempeño de esa responsabilidad que les incumbe en la protección de los derechos<sup>109</sup>.

Caso paradigmático de la violación de los derechos del Convenio a un menor extranjero no acompañado tuvo lugar con la detención y repatriación de Tabitha, niña congoleña de cinco años de edad. El TEDH en su sentencia concluye que la violación del art. 3 CEDH (prohibición de trato inhumano) en lo referente a Tabitha se había producido en función de las condiciones de su detención, al ser recluida durante dos meses en las mismas condiciones de una persona adulta en un centro concebido para mayores mientras estaba separada de sus padres; no se había designado a nadie para ocuparse de ella; no le habían sido dispensadas las medidas de acompañamiento psicológico por una persona cualificada. También se violó el art. 8 CEDH por no respetar el derecho a la vida privada y familiar en la devolución de la menor<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Garriga Domínguez, A. (.), & Álvarez González, S. (.). (2010). *La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Vigo: El tiempo de los derechos. p. 4.

<sup>109</sup> Pastor Ridruejo, J. A. (24 de Octubre de 2004). *Fragmentación o consolidación de la protección de los Derechos fundamentales: el papel de los tribunales europeos*. Recuperado el 25 de Noviembre de 2013, de Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE): <http://www.fride.org/download/FRIDE-28.pdf>. p. 3.

<sup>110</sup> *A l'égard de Tabitha*. La Cour observe que les conditions de détention de Tabitha, alors âgée de cinq ans, étaient les mêmes que celles d'une personne adulte. Ainsi, l'enfant a été détenue pendant deux mois dans un centre initialement conçu pour adultes alors qu'elle était séparée de ses parents et ce, sans que quiconque n'ait été désigné pour s'occuper d'elle, ni que des mesures d'encadrement et d'accompagnement psychologiques ou éducatives ne soient dispensées par un personnel qualifié, spécialement mandaté à cet effet. Le gouvernement



El Tribunal, teniendo en cuenta la situación de “vulnerabilidad” en que se encontraba la niña considera que la detención se había producido en condiciones tales que constituían una violación del art. 3 CEDH, en lo que se refiere a tratos inhumanos o degradantes. El gobierno belga reconoció que la detención no había sido adecuada y que, en aquel tiempo, carecía de estructuras adecuadas para atender a la menor<sup>111</sup>.

## **B. La protección de los derechos del menor en la Unión Europea**

El planteamiento inicial de la protección de los derechos humanos en la Unión Europea presenta una gran complejidad por la concurrencia de diversos instrumentos jurídicos: el Derecho de las Comunidades Europeas, el Derecho de la Unión Europea y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>112</sup>.

La evolución del reconocimiento de los derechos en la UE desde las primeras referencias hacia ellos de los tratados fundacionales, pasando por la entrada en vigor de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CDFUE) y la posterior adhesión al CEDH, constituye un largo itinerario. La Comunidad ha pasado de tener como objetivo principal en el ámbito de los

---

belge reconnaît lui-même que le lieu de détention n'était pas adapté et qu'il n'existait pas à l'époque de structures adéquates.

En raison de son très jeune âge, du fait qu'elle était étrangère en situation d'illégalité dans un pays inconnu et qu'elle n'était pas accompagnée car séparée de sa famille et donc livrée à elle-même, Tabitha se trouvait dans une situation d'extrême vulnérabilité.

Les dispositions prises par les autorités belges en l'espèce étaient loin d'être suffisantes au regard de l'obligation de prise en charge pesant en l'espèce sur la Belgique, qui disposait, pourtant, d'un éventail de moyens. La détention de Tabitha dans de telles conditions a placé l'enfant dans un état de profond désarroi. La Cour estime, par ailleurs, que les autorités qui ont pris la mesure de détention ne pouvaient ignorer les conséquences psychologiques graves de celle-ci. A ses yeux, pareille détention fait preuve d'un manque d'humanité et atteint le seuil requis pour être qualifiée de traitement inhumain.

Dès lors, la Cour conclut à la violation de l'article 3 à l'égard de Tabitha du fait de ses conditions de détention. Cour Européenne des Droits de l'Homme. Arrêt de Chambre : Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique.

<sup>111</sup> Sanjurjo Rivo, V. A. (2009). La Protección del Desamparo de una Menor Inmigrante No Acompañada y su Familia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, pp. 491-507. p. 494.

<sup>112</sup> Castillo Daudí, M. (2005). *La protección internacional de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea*. En la obra de Vilata, M (Coordinador). *El papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la armonización del Derecho europeo*. Valencia: Universitat de Valencia. p. 119.

derechos humanos, la protección de los que permitiesen el libre movimiento de personas, capitales, bienes y servicios en su territorio, al respeto de los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros (art. 6 Versión consolidada del TUE)

Analizaremos esta evolución en: las Comunidades Europeas y en la UE, en el progresivo reconocimiento de derechos en los tratados y su protección por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la implantación por el Tratado de Lisboa de la CDFUE, cuyo art. 24 está dedicado a los derechos del menor. Con anterioridad a esta Carta, el Parlamento Europeo había aprobado, en septiembre de 1992, la Carta Europea de los Derechos del Niño. De este modo, la protección de los derechos humanos ha devenido en la razón de ser de la Unión.

a. Limitada referencia de los tratados a la protección de los derechos

Al ser el objetivo principal de la Comunidad Económica Europea (CEE) la organización del mercado interior, las referencias a los derechos en los tratados constitutivos estaban dirigidas a proteger el libre movimiento de los factores de producción: personas, capitales, bienes y servicios<sup>113</sup>.

Los estados fundadores de la Comunidad no incluyeron en los tratados constitutivos ningún compromiso formal por el que las instituciones europeas respetaran los derechos humanos en el ejercicio de las competencias comunitarias. Tampoco se previó que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tuviese que garantizar el respeto y protección de los derechos humanos de los ciudadanos de las comunidades<sup>114</sup>. Sin embargo, desde los

---

<sup>113</sup> Bache, I et al. (2011). *Politics in the European Union*. New York: Oxford University Press.

p. 113. "The Community shall have as its task [...] to promote through The Community a harmonious development of economics activities [...] Art. 2 EEC. For the purposes set out in Art. 2 [...] the abolition [...] of obstacles to the free movement of goods persons, services and capital" (Art. 3.c EEC).

<sup>114</sup> Pi Llorens, M. (1996, Febrero). *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*. Retrieved Marzo 22, 2014, from Universitat Autònoma de Barcelona. Facultat de Dret: [www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl\\_1\\_de\\_6.pdf?sequence=1](http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl_1_de_6.pdf?sequence=1).

p. 52. Para Lenaerts, la omisión de la protección de los derechos humanos en los Tratados se debió, más bien, a que centraron su atención en la protección de los derechos en el plano

años setenta del pasado siglo, se ha sentido la necesidad de colmar esa laguna con objeto de poner unos límites a las instituciones y organismos públicos europeos para garantizar a los ciudadanos y residentes en el territorio de la comunidad un espacio público y privado de libertad<sup>115</sup>.

Si en los años setenta la ausencia en los tratados de la CEE de referencias a los derechos fundamentales pudo tener justificación por el carácter eminentemente económico de la Comunidad, hoy día no es sostenible tal razonamiento. La actividad jurisprudencial del Tribunal de Justicia provee suficientes ejemplos de casos y situaciones relativas a la aplicación del derecho comunitario, en los que surgen asuntos relacionados con los derechos fundamentales<sup>116</sup>.

No obstante lo anterior, los tratados no fueron totalmente ajenos a los derechos humanos y se referían de forma dispersa a algunos derechos fundamentales inherentes a la persona, pero no contenían un “sistema articulado y completo de derechos fundamentales del ser humano y de la ciudadanía”<sup>117</sup>.

El Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), de 1951, inspirándose en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, proclamó que sus objetivos no eran meramente económicos, sino que su finalidad era contribuir a la paz mundial y construir sobre los cimientos económicos una comunidad más amplia y profunda entre sus pueblos otrora enfrentados en sangrientas luchas. El Acta Única Europea (AUE), febrero de 1986, no acometió la labor de la protección de los derechos fundamentales y

---

económico y técnico, de acuerdo con las competencias que los Estados miembros atribuyeron a la Comunidad.

<sup>115</sup> Mangas Martín, Araceli; López Escudero, Manuel; Martín y Pérez de Nanclares, José; Sobrino Heredia, Manuel . (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Bilbao: Fundación BBVA. Introducción. p. 4.

<sup>116</sup> Pi Llorens, M. (1996, Febrero). *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*. Retrieved Marzo 22, 2014, from Universitat Autònoma de Barcelona. Facultat de Dret: [www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl\\_1\\_de\\_6.pdf?sequence=1](http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl_1_de_6.pdf?sequence=1). p. 14.

<sup>117</sup> Mangas Martín, Araceli; López Escudero, Manuel; Martín y Pérez de Nanclares, José; Sobrino Heredia, Manuel . (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Bilbao: Fundación BBVA. Introducción. p. 5.

no figura en su articulado una formalización de estos derechos. La única mención la encontramos en su preámbulo<sup>118</sup>.

El preámbulo del AUE enuncia la disposición de la Comunidad a la promoción conjunta de la democracia siendo referentes los derechos fundamentales de las Constituciones y leyes de los estados miembros, el CEDH y la Carta Social Europea. Esta importante labor política no es comparable con el desarrollo jurisprudencial, en materia de derechos humanos, realizada por el Tribunal de Justicia y por las declaraciones de las instituciones comunitarias<sup>119</sup>.

Ha sido el Derecho primario comunitario el que ha sentado los principios de la Unión y ha acabado de incorporar gradualmente la protección de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho positivo, especialmente a partir de los tratados de Maastricht de 1992, de Ámsterdam de 1997, de Niza de 2001 y de Lisboa de 2007.

El Tratado de Maastricht<sup>120</sup> se refiere a los derechos fundamentales en su Preámbulo y en el art. F.2 al garantizar que la Unión respetará los derechos

---

<sup>118</sup> Freixes Sanjuan, T. (2005). Derechos Fundamentales en la Unión Europea, evolución y perspectiva: La construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, pp. 43-87. p. 45.

Preámbulo del Tratado CECA (1951):

“Considerando que la paz mundial sólo puede salvaguardarse mediante esfuerzos creadores proporcionados a los peligros que la amenazan.

Convencidos de que la contribución que una Europa organizada y viva puede aportar a la civilización es indispensable para el mantenimiento de relaciones pacíficas”

Preámbulo de Acta Única Europea:

“DECIDIDOS a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea” [...]

“CONSCIENTES de la responsabilidad que incumbe a Europa [...] muy especialmente los principios de la democracia y el respeto del Derecho y de los derechos humanos que ellos propugnan” [...]

<sup>119</sup> Pi Llorens, M. (1996, Febrero). *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*. Retrieved Marzo 22, 2014, from Universitat Autònoma de Barcelona. Facultat de Dret: [www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl\\_1\\_de\\_6.pdf?sequence=1](http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl_1_de_6.pdf?sequence=1). p. 52.

<sup>120</sup> Tratado para la Unión Europea (Maastricht, 1992) proclama en su Preámbulo la adhesión sus estados miembros al principio del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y, en el art. F.2 que:

fundamentales conforme al CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros. En la proyección externa, la Unión y sus estados miembros definirán y cumplimentarán una política exterior y de seguridad común, que cubra todos los ámbitos de la política exterior de seguridad con el objetivo de desarrollar y consolidar la democracia, el imperio de la ley y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además, en la cooperación en los ámbitos de justicia e interior, la Unión establece la normativa que deberán observar los estados miembros en materia de asilo, cruce de fronteras e inmigración de nacionales de terceros países<sup>121</sup>.

Por lo dispuesto en el Tratado de Ámsterdam<sup>122</sup>, la Unión se compromete con el principio del respeto de los derechos humanos en los ámbitos interno y externo. Respecto al primero, “la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros” (art. 6.1TUE). De esta manera, el Tratado consagra solemnemente los patrones normativos que el Tribunal venía exigiendo, desde

---

“La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

<sup>121</sup> Bache, Ian et al. (2011) *Politics in the European Union. Third Edition*. Oxford: Oxford University Press.

p. 162: Art. J.1 (2) “The objectives of the common foreign and security policy shall be: [...] to develop and consolidate democracy and the rule of law, and respect for human rights and fundamental freedoms”.

p. 163. Art. K.1 “For the purposes of achieving the objective of the Unión [...] Member States shall regard the following matters of common interest: asylum policy” [...]

<sup>122</sup> Tratado de la Unión Europea (desde el Tratado de Ámsterdam, 1997). La Unión declara, en el art. 6.1, que se basa en “los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”. Se reitera en el compromiso asumido en Maastricht de respetar:

“los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales [...] y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario” (art. 6.2).

1974, a todos los actos de las instituciones comunitarias bajo pena de nulidad<sup>123</sup>.

En la dimensión externa de la Unión, sus valores y el respeto de los mismos es exigencia que debe cumplir todo Estado que desee adherirse a ella como lo establece el Tratado de Ámsterdam: “cualquier Estado europeo que respete los principios enunciados en el apartado 1 de artículo 6 podrá solicitar el ingreso como miembro de la Unión”<sup>124</sup>.

El art. 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) tiene una triple significación jurídica, ya que, en primer lugar, sirve como nexo de unión entre los tres niveles de ordenamiento jurídicos, el del Consejo de Europa, el de la Unión Europea y el de cada uno de sus estados miembros. En segundo lugar, como norma de reenvío para la determinación de los derechos fundamentales de la Unión, pues, como dice el artículo, éstos son los del CEDH y los de las tradiciones constitucionales comunes de sus estados miembros, según sean determinados por la jurisprudencia del Tribunal. Por último, estos derechos fundamentales tienen en el ordenamiento jurídico de la Unión la naturaleza de principios generales del Derecho comunitario, que la acción del Tribunal constituye en las bases de nuevas normas jurídicas y, además, a partir del art. 1.1 del CEDH, son verdaderos derechos subjetivos aplicables a los ciudadanos de la Unión y a toda persona que esté sometida a su jurisdicción o a la de sus estados miembros<sup>125</sup>.

La protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario tiene un carácter autónomo respecto a los órdenes jurídicos de los Estados miembros. Así lo determina la *STJUE International Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970: “la protección de los derechos fundamentales no

---

<sup>123</sup> Mangas Martín, Araceli y Liñán Noguerras, Diego J. (1999). *Instituciones y Derechos de la Unión Europea*. Madrid: McGrawHill.

p. 23: “todo acto comunitario para se conforme a Derecho debe respetar los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como Principios generales del Derecho comunitario”.

<sup>124</sup> *Ibíd.* p. 24.

<sup>125</sup> Freixes Sanjuan, T. (2005). Derechos Fundamentales en la Unión Europea, evolución y perspectiva: La construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. pp. 43-87. p. 44.



depende del grado de protección de un derecho constitucional nacional determinado, sino que esta protección se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”<sup>126</sup>

El Tratado de Lisboa incorpora novedades sustantivas respecto a la protección de los derechos fundamentales. En primer lugar, otorga a la Unión personalidad jurídica, lo que le faculta para firmar tratados internacionales, incluso para adherirse a organizaciones internacionales. Esta habilitación posibilitará la adhesión de la Unión al CEDH. En segundo lugar, refuerza la democracia y la protección de los derechos fundamentales. En concreto, atribuye carácter jurídico vinculante a la CDFUE al concederle el mismo valor que los tratados. Por otra parte, con la entrada en vigor, el 1 de junio de 2010, del Protocolo nº 14 del CEDH, que permite a los estados y a las organizaciones internacionales convertirse en signatarios del mismo, les abre el camino de su adhesión al CEDH. Por último, el Tratado de Lisboa somete a la jurisdicción del Tribunal de Justicia todas las actividades de la Unión excepto la política exterior y de seguridad común<sup>127</sup>.

En el ámbito de la inmigración y asilo, el Tratado de Lisboa propició reformas fundamentales en las políticas de justicia e interior. El art. 3 TUE dispone, que la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que el libre movimiento de las personas esté asegurado juntamente con las adecuadas medidas respecto al control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y la prevención y lucha contra el crimen<sup>128</sup>.

El respeto a los derechos fundamentales vincula no sólo a las personas sino también a los estados miembros, pues, el Tratado de Ámsterdam introduce, por el art. 7, una previsión de sanción en caso violación grave y persistente por un estado miembro de los principios del art. 6.1. Por su parte, el

---

<sup>126</sup> García-Valdecasas y Fernández, R. y. (Mayo de 2004). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea. *Revista Jurídica de Castilla y León*. nº 3, pp. 13-48. p. 35.

<sup>127</sup> Novak, P. (2012, Diciembre). *El Tratado de Lisboa*. Retrieved Marzo 23, 2014, from Fichas técnicas sobre la Unión Europea 2013: [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_1.1.5.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.1.5.pdf) p. 2-5.

<sup>128</sup> Bache, I et al. (2011). *Politics in the European Union*. New York: Oxford University Press. p. 473.



Tratado de Niza modifica el art. 7.1 determinando las condiciones y procedimientos para verificar la violación de esos principios<sup>129</sup>.

b. La protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia

Hemos señalado que la protección de los derechos humanos en la Comunidad descansaba en las constituciones nacionales y en sus leyes. Ciertamente, esto era así en los estados fundadores de la Comunidad. Además, al ser cada estado miembro parte del CEDH, las garantías del Tribunal de Estrasburgo eran accesibles a sus ciudadanos. Este contexto de protección de los derechos fundamentales, basado en la limitada competencia de las instituciones y en disponer de mecanismos alternativos de protección de los derechos humanos, es similar a la que prevaleció en la Convención Constitucional de los Estados Unidos, en 1787. La Convención de Filadelfia apenas prestó atención a los derechos humanos durante los debates constitucionales, el tiempo probó que ambas previsiones fueron erróneas. En EEUU, la falta de protección de los derechos humanos en la Constitución se corrigió pronto con la adopción de la Carta de Derechos. En la Comunidad, ha sido el Tribunal de Justicia el instrumento de integración de los derechos humanos en el tejido de la Unión<sup>130</sup>.

La razón de la creación del Tribunal de Justicia, en opinión de Pi Llorens, se debió al complejo entramado de relaciones económicas, políticas y jurídicas subyacentes a la actividad de las Comunidades, lo que hizo pensar a los autores de los tratados constitutivos que tal organización no podría funcionar

---

<sup>129</sup> Escribano Úbeda-Portugués, J. (2008). *Quince años de construcción de la Unión Europea a través de sus tratados (1992-2007)*. Madrid : Liber Factory.

p. 147. Variación acometida por el Tratado de Niza con respecto a Ámsterdam, en art. 7.1; Primera: La Condición de la existencia de 3/5 de los miembros de Consejo; Segunda: El informe de expertos independientes; Tercera: Conforme al art. 7.1 párrafo 2, se introduce la disposición sobre la comprobación periódica por el Consejo, para verificar si continúan los motivos que han llevado a la constatación de violación grave por parte de un estado miembro de los principios del art. 6.1.

<sup>130</sup> Defeis, E. F. (2007). Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal. *Fordham International Law Journal*. Volume 31, Issue 5 2007 Article 2 , pp. 1101-1117. pp. 1105-1106.

sin la existencia de un órgano judicial con todas sus características, principalmente su independencia e imparcialidad<sup>131</sup>.

La finalidad que pretendían los tratados permitió al Tribunal comenzar a construir el entramado de la protección judicial de los derechos humanos que la Comunidad iba a dispensar. Esta protección de los derechos no se basaba en una competencia más transferida a las comunidades, sino en que estas competencias materiales debían ser ejercidas por las instituciones respetando “las mismas obligaciones en cuanto a los derechos humanos que tenían los Estados antes de su atribución a las Comunidades Europeas”<sup>132</sup>.

En el mismo sentido se manifiesta García-Valdecasas al afirmar que la formulación de los tratados que asigna al Tribunal de Justicia la función de “garantizar el respeto del derecho en la aplicación e interpretación de los tratados”, no significa atribuir al Tribunal una competencia general respecto al conocimiento de todos los asuntos que se le presenten. Por otra parte, el sistema judicial comunitario es un conjunto jurisdiccional compuesto por el TJCE y los órganos jurisdiccionales de los estados miembros y son éstos, en primer lugar, los encargados de aplicar el derecho comunitario, por lo que la función jurisdiccional en la Comunidad es compartida por el Tribunal y los órganos jurisdiccionales de sus estados. El TJCE, órgano único común para las tres comunidades formó parte del tronco institucional de las mismas desde el principio, al que se le atribuyó la misión de garantizar el respeto del derecho en la aplicación e interpretación de los tratados, art. 220 del Tratado de la Comunidad<sup>133</sup>.

Ante la falta de una carta de derechos propia, el Tribunal ha invocado diversos tratados internacionales para identificar los derechos fundamentales.

---

<sup>131</sup> Citada por García-Valdecasas y Fernández, R. y. (Mayo de 2004). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea. *Revista Jurídica de Castilla y León*. nº 3, pp. 13-48. p. 20.

<sup>132</sup> Mangas Martín, Araceli et al. (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Bilbao: Fundación BBVA. Introducción. p. 32.

<sup>133</sup> García-Valdecasas y Fernández, R. y. (Mayo de 2004). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea. *Revista Jurídica de Castilla y León*. nº 3, pp. 13-48. . pp. 22-24.

En primer lugar, el CEDH desde la sentencia *Rutili*<sup>134</sup>, 28 de octubre de 1975; la CSE con la sentencia *Defrenne*<sup>135</sup>, 15 de junio de 1978; y el PIDCP en la sentencia *Orkem*<sup>136</sup>, 18 de octubre de 1989<sup>137</sup>.

Considerando el Tribunal de Justicia que la aplicación de Derecho comunitario podría entrar en colisión con los derechos fundamentales de las personas, y que en los tratados fundacionales se referían exclusivamente a la garantía del ejercicio de las libertades fundamentales de naturaleza básicamente económica, empezó a configurar los derechos fundamentales mediante la técnica de reconocerlos como principios generales del Derecho comunitario. Por otra parte, ante la carencia de una declaración formal de derechos, comenzó a extraerlos de otros tratados sobre derechos y de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros, mediante reenvíos que sentaron progresivamente jurisprudencia<sup>138</sup>.

Es opinión general de la doctrina que la jurisprudencia del Tribunal ha extendido los límites de los tratados en las sentencias referentes a los casos de revisión judicial, pero, ha sido incluso más radical en sus sentencias sobre la cuestión prejudicial. En numerosos casos, el Tribunal ha establecido principios que expandían el orden jurídico comunitario<sup>139</sup>.

<sup>134</sup> Rutili. Cuestión prejudicial. un Estado miembro sólo podrá imponer a los nacionales de otros Estados miembros (a los que se aplican las disposiciones del Tratado) medidas restrictivas del derecho de residencia limitadas a una parte del territorio nacional en los casos y en las condiciones en que tales medidas puedan aplicarse a los nacionales del Estado de que se trate.

<sup>135</sup> Defrenne. Cuestión prejudicial. El artículo 119 del Tratado CEE no puede ser interpretado en el sentido de que, además de la igualdad de retribución, establezca también la igualdad de las demás condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores masculinos y a los trabajadores femeninos.

<sup>136</sup> Orkem. Anular disposiciones reglamentarias, en lo relativo a las preguntas sub II 1, letra c), y sub III 1 y 2, la decisión IV/31.866 de la Comisión, de 9 de noviembre de 1987, relativa a un procedimiento de aplicación del apartado 5 del artículo 11 del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE.

<sup>137</sup> Castillo Daudí, M. (Marzo de 2006). Los derechos humanos en la Unión Europea. *Cuadernos de Integración Europea- Marzo*. pp- 13-33. p.18.

<sup>138</sup> Freixes Sanjuan, T. (2005). Derechos Fundamentales en la Unión Europea, evolución y prospectiva: La construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. pp. 43-87. p. 47.

<sup>139</sup> Bache, Ian; George, Stephen; y Bulmer, Simon. (2011). *Politics in the European Union. Third Edition*. Oxford: Oxford University Press. p. 320.

Analizamos a continuación, a través de las sentencias clásicas del Tribunal, el razonamiento legal que utiliza para fundamentar la protección de los derechos<sup>140</sup>. El tribunal desarrolló, a partir de la década de los setenta, una abundante jurisprudencia que incorpora al derecho comunitario la protección de los derechos fundamentales por la vía de los principios generales del derecho, por ser el único camino viable en ausencia de un catálogo de derechos en los tratados<sup>141</sup>. En la progresión de la protección de los derechos humanos por la jurisprudencia del Tribunal se pueden distinguir tres etapas.

La primera, iniciada con la cuestión prejudicial: *N. V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Nederlandse administratie der belastingen*, asunto 26/62, 1963. En esta cuestión prejudicial, el Tribunal establece el principio de eficacia directa del Derecho comunitario, no sólo en los estados miembros, sino también en los particulares. El espíritu de *Van Gend* iba a proporcionar a los individuos la oportunidad de reclamar sus derechos frente al Estado; con este fin, los tribunales nacionales fueron capacitados para actuar como parte de la rama jurídica de la Comunidad Europea mediante la aplicación de la legislación de esta, dejando aparte la legislación nacional y, en adelante, desarrollando una íntima relación con el TJCE<sup>142</sup>.

El Tribunal señala que el art. 12 del Tratado se debe interpretar en el sentido de que produce efectos directos y genera derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger. Distingue el Tribunal la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación del Tratado, de la función del Tribunal en el marco del art. 177 del Tratado, cuya finalidad es garantizar la unidad de interpretación del mismo y, en consecuencia, los estados han reconocido al Derecho comunitario una eficacia

---

<sup>140</sup> Pi Llorens, M. (1996, Febrero). *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*. Retrieved Marzo 22, 2014, from Universitat Autònoma de Barcelona. Facultat de Dret: [www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl\\_1\\_de\\_6.pdf?sequence=1](http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl_1_de_6.pdf?sequence=1). p. 81.

<sup>141</sup> Pi Llorens, M. (2001). *La Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Barcelona: Publicaciones de la Universitat de Barcelona. p. 14.

<sup>142</sup> Cartabia, M. (2013). *Fundamental Rights and the relationships among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court*. 50 Anniversaire de l'Arrêt Van Gend en Loos 1963-2013 (p. 215 y ss. ). Luxembourg. Curia. p. 157.

susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos. De este modo, el Tribunal llega a la conclusión de que el “Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea produce efectos directos y genera en favor de los justiciables derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger”<sup>143</sup>.

La importancia de la sentencia *Van Gend en Loos* es puesta de manifiesto por el profesor y juez *Trabucchi*, uno de sus protagonistas, que la definió como la piedra angular de la nueva Europa y creó una nueva experiencia legal en la Europa continental<sup>144</sup>.

En la segunda etapa, sentencia *Erich Stauder contre ville d'Ulm-Sozialamt*, de 12 de noviembre de 1969, el Tribunal señala que “la disposición en causa no incluye ningún elemento susceptible de afectar a los derechos fundamentales de la persona que forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal”<sup>145</sup>. Pi Llorens añade que, en este caso, es la primera vez que el Tribunal se pronuncia

---

<sup>143</sup> Canedo, J. R. (n.d.). *Sentencia van Gend & Loos*. Retrieved Marzo 25, 2014, from Página personales. Universidad de Deusto: <http://paginaspersonales.deusto.es/jrcanedo/VAN%20GEND.PDF>.

<sup>144</sup> Cartabia, M. (2013). *Fundamental Rights and the relationships among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court*. 50 Anniversaire de l'Arrêt Van Gend en Loos 1963-2013 (p. 215 y ss. ). Luxembourg. Curia. pp. 155 y ss.

“One of the protagonists of the *Van Gend en Loos* case, professor and judge Alberto Trabucchi, defined Van Gend as one of the ‘cornerstones’ of the new Europe, which brought a ‘new legal experience’ into existence in the European continent. Indeed, Van Gend was the first step of a ‘soft revolution’ that incrementally fashioned a new legal framework, distinct from that of other international organizations”. [...]

“The extraordinary legal creativity of that decision was rooted in the urge – repeatedly expressed by Trabucchi in many occasions – to grant individuals, nationals and peoples central place in the construction of the European Community. The focus of his concerns was the individual – the human person, as he would have said – and his/her rights; the rest, including the idea of the European Community as a ‘new legal order’, the principle of ‘direct effect’ of Community legal provisions and the powers granted to national judges as Community judges, was but a consequence of this primary concern”.

<sup>145</sup> Castillo Daudí, M. (Marzo de 2006). Los derechos humanos en la Unión Europea. *Cuadernos de Integración Europea- Marzo* , pp- 13-33. p. 18.

*Erich Stauder contre ville d'Ulm — Sozialamt* (demande de décision préjudicielle). 2. La disposition litigieuse ne révèle aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect.



explícitamente sobre los derechos fundamentales<sup>146</sup>. Por su parte, dice García-Valdecasas que el Tribunal asienta el punto de partida de toda su jurisprudencia posterior: los derechos fundamentales constituyen principios fundamentales del orden jurídico comunitario<sup>147</sup>.

Aunque a esta sentencia le han seguido otras muchas en las que el Tribunal tiene la oportunidad de completar y afianzar sus argumentos jurídicos, hay una afirmación que se mantiene constante: los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal<sup>148</sup>.

Un tercer hito en la jurisprudencia del Tribunal lo constituye la sentencia *International Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970. El Tribunal establece, en primer lugar, que la protección de los derechos fundamentales no depende de la otorgada por un derecho constitucional determinado sino que, esta protección, está inspirada en las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros<sup>149</sup> y, en segundo lugar, que la protección debe garantizarse en el marco comunitario y dentro de sus objetivos. Con esta última afirmación el Tribunal declara el carácter autónomo de la fuente del Derecho y de la protección de los derechos fundamentales<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> Pi Llorens, M. (1996, Febrero). *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*. Retrieved Marzo 22, 2014, from Universitat Autònoma de Barcelona. Facultat de Dret: [www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl\\_1\\_de\\_6.pdf?sequence=1](http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl_1_de_6.pdf?sequence=1).

p. 81: En el caso *Stauder* el Tribunal se refiere por primera vez explícitamente a los derechos fundamentales.

<sup>147</sup> García-Valdecasas y Fernández, R. y. (Mayo de 2004). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea. *Revista Jurídica de Castilla y León*. nº 3,

pp. 13-48. “el Tribunal asienta el punto de partida de toda su jurisprudencia posterior, a saber, que los derechos fundamentales constituyen principios generales del orden jurídico comunitario cuya observancia el propio Tribunal se encarga de garantizar”.

<sup>148</sup> Pi Llorens, M. (1996, Febrero). *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*. Retrieved Marzo 22, 2014, from Universitat Autònoma de Barcelona. Facultat de Dret: [www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl\\_1\\_de\\_6.pdf?sequence=1](http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl_1_de_6.pdf?sequence=1). p. 81.

<sup>149</sup> García-Valdecasas y Fernández, R. y. (Mayo de 2004). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea. *Revista Jurídica de Castilla y León*. nº 3. pp. 13-48. p. 35.

<sup>150</sup> Castillo Daudí, M. (Marzo de 2006). Los derechos humanos en la Unión Europea. *Cuadernos de Integración Europea*- Marzo. pp- 13-33. p. 18.



La Unión exige al país candidato como condición previa para adherirse a la Comunidad, su compromiso con el respeto de los derechos de las personas y su garantía, prestando particular atención a los países que anteriormente contaban con regímenes no democráticos. Los países deben cumplir con los conocidos como Criterios de Copenhague<sup>151</sup>.

#### c. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La CDFUE nace de la necesidad de proporcionar un mayor grado de protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos adaptados a la evolución de la sociedad, al progreso social y a los avances científicos y tecnológicos. La Unión es consciente de esta necesidad, por lo que en el Consejo Europeo de Niza, la Comisión, el Consejo y el Parlamento proclamaron la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el 7 de diciembre de 2000<sup>152</sup>. Constituye un compromiso de la Unión con los derechos fundamentales de los ciudadanos de sus estados miembros y contribuye al desarrollo de las políticas de la Unión garantizando, primordialmente, los derechos individuales y los derechos fundamentales laborales, en especial, los de naturaleza colectiva.

El objeto de la Carta es proteger los derechos fundamentales de las personas frente a las actuaciones de las instituciones de la Unión y las de los Estados miembros en la aplicación del Derecho y los tratados de la Unión. La Carta tiene la virtud de reunir en un mismo texto todos los derechos de las

---

<sup>151</sup> Los "criterios de Copenhague". En 1993, a raíz de las solicitudes de adhesión a la Unión de los antiguos países comunistas, el Consejo Europeo estableció tres criterios que debían cumplir para convertirse en miembros. En el momento de la adhesión, los nuevos Estados miembros deben tener: 1. Criterio político. Instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías. 2. Criterio económico. Una economía de mercado viable, así como la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y las fuerzas del mercado dentro de la Unión. 3. Criterio del acervo comunitario. La capacidad para asumir las obligaciones impuestas por la adhesión, incluido el apoyo a los objetivos de la Unión; han de tener una administración pública capaz de aplicar y administrar, en la práctica, las leyes de la UE. Adhesión de nuevo país a la UE. Criterios y Condiciones. Para que el Consejo Europeo decida abrir las negociaciones, debe cumplirse el criterio político. [http://europa.eu/abc/12lessons/lesson\\_3/index\\_es.htm](http://europa.eu/abc/12lessons/lesson_3/index_es.htm).

<sup>152</sup> "El 7 de diciembre de 2000, la Comisión, el Consejo y el Parlamento proclamaron la Carta en el Consejo Europeo de Niza. Los derechos que en ella se recogen no son nuevos: la Carta representa el «Derecho establecido», es decir, refunde en un mismo documento los derechos fundamentales reconocidos por los Tratados de la Unión, los principios constitucionales comunes de los Estados miembros, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y las Cartas Sociales de la UE y del Consejo de Europa".

personas, aplicando el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales. Agrupa los derechos civiles, políticos, por una parte y, por otra, los sociales y económicos, en torno a los principios básicos de la dignidad de la persona humana, las libertades fundamentales, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia<sup>153</sup>.

La Carta reafirma los derechos que emanan de las tradiciones constitucionales comunes y las obligaciones internacionales de los estados miembros, del CEDH, de las cartas sociales adoptadas por la Unión y el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del TJCE y del TEDH<sup>154</sup>. A pesar de no tener carácter jurídico vinculante pues fue recibida como un documento político declarativo, alcanzaría un valor jurídico indirecto al ser utilizada por el TJCE como documento interpretativo y de referencia de los derechos<sup>155</sup>.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, su art. 6 establece que:

“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los tratados.”

Por esta disposición, la Carta pasa a formar parte del acervo comunitario y, además, se convierte en elemento con carácter jurídico vinculante de obligado cumplimiento para todas las instituciones de la Unión cuando actúen en el marco de sus competencias, y para sus Estados miembros cuando ejecuten el Derecho comunitario aplicando sus reglamentos, directivas, decisiones, dictámenes y recomendaciones.

Las provisiones de la Carta no amplían las competencias de la Unión tal y como están definidas en los tratados. La Unión no puede intervenir en

---

<sup>153</sup> Antoine-Grégoire, J.-L. (2013, Mayo). *El respeto de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Retrieved Noviembre 27, 2013, from Parlamento de la Unión Europea: [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_2.1.2.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.1.2.pdf). p. 3.

<sup>154</sup> Mangas Martín, A et al. (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Bilbao: Fundación BBVA. p. 79.

<sup>155</sup> Blasi Casagran, C. (2010). *La Protección de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa*. Barcelona: Institut Universitari d'Estudis Europeus. Universitat Autònoma de Barcelona. p. 13.

materia de derechos fundamentales en los ámbitos sobre los que no tenga competencia. Por otra parte, con el Tratado de Lisboa, la Unión accederá a la CEDH, haciendo que el TEDH sea competente para revisar los actos de la UE.

En el ámbito judicial, los tribunales de la Unión y los de sus estados miembros podrán referirse a la CDFUE en la protección de los derechos humanos<sup>156</sup>.

La promoción y protección de los derechos del menor en el Tratado de Lisboa son objetivos fundamentales de la Unión que, en el art. 24 de la CDFUE, “insta a las autoridades públicas y a las instituciones privadas a convertir el respeto del interés superior del menor en un elemento clave” para definir y aplicar las medidas que van destinadas a ellos, garantizar el derecho a la protección y cuidado del menor en cuanto sea necesario para su bienestar, reconocer la necesidad de proteger al menor del abuso, descuido y violaciones de sus derechos y de las situaciones que ponen en peligro su bienestar<sup>157</sup>.

La necesidad de contar con una Carta de derechos dirigida específicamente a la protección del menor en la Unión Europea se puso de manifiesto a través de varias propuestas de parlamentarios de la Comunidad y peticiones de movimientos europeos. Esta necesidad sentida en la Unión tiene su justificación por dos razones:

Primera. La referencia a los derechos del menor en la CDFUE se limita a tres artículos que consagran el interés superior del menor en todas las actuaciones públicas o privadas que tengan relación con el menor, el reconocimiento del derecho a la protección de su bienestar y a la libertad de expresión y el derecho a mantener contacto periódico con sus padres, siempre que no sea contrario a sus intereses.

En la valoración jurídica de la CDFUE, la protección de los derechos del niño es apenas percibida en su tercer capítulo que engloba, bajo el rótulo

---

<sup>156</sup> Blasi Casagran, C. (2010). *La Protección de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa*. Barcelona: Institut Universitari d'Estudis Europeus. Universitat Autònoma de Barcelona p. 16.

<sup>157</sup> VV.AA. (15 de Febrero de 2011). *Programa para los derechos del niño*. Recuperado el 24 de Enero de 2015, de Europa legislación: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/human\\_rights/human\\_rights\\_in\\_third\\_countries/dh0006\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/human_rights_in_third_countries/dh0006_es.htm) p. 1.

genérico de la igualdad, que proclama la igualdad ante la ley, la prohibición de la discriminación, la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos de los niños, los de la tercera edad y finaliza con la integración de las personas discapacitadas<sup>158</sup>.

Segunda. Al examinar el Parlamento sus resoluciones sobre convenios y declaraciones internacionales y disposiciones que protegen los derechos del menor, así como aquellas en las que solicita a los Estados miembros que se adhieran al CDN de UN de 1989, constata que los niños sufren en la Unión unos problemas propios sobre los que incidirán determinados procesos resultantes de la integración europea y de la realización del mercado interior, por lo que cree que serían necesarios instrumentos comunitarios específicos para afrontar los problemas que conlleva la integración europea de los menores “para los que no existen disposiciones en la legislación de los Estados miembros”<sup>159</sup>

La Carta fue aprobada por el Parlamento Europeo el 21 de septiembre de 1992 y, según ella misma establece, no limita en ningún caso “los derechos y libertades que puedan ser reconocidos a los niños por las legislaciones nacionales o por los instrumentos internacionales de los cuales los Estados sean parte”.

### **3. En el sistema constitucional español**

La declaración de derechos de la Constitución española “no es la única que afecta a nuestro sistema de derechos fundamentales y libertades públicas”. Por diversas disposiciones constitucionales forman parte de nuestro ordenamiento interno, los tratados y convenios sobre protección de derechos, en particular, los referidos exclusivamente al menor<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> Freixes Sanjuan, T. (2005). Derechos Fundamentales en la Unión Europea, evolución y perspectiva: La construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, pp. 43-87. p. 13.

<sup>159</sup> VV.AA. (s.f.). *Carta de los derechos del niño de la Unión Europea*. Obtenido de Bienestar y Protección Infantil. DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992: [www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=13&subs](http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=13&subs)

<sup>160</sup> Álvarez Conde, E. (s.f.). *El sistema constitucional español de derechos fundamentales*. Recuperado el 20 de Diciembre de 2013, de Universidad Rey Juan Carlos : <http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/1747/1/EI%20sistema%20constitucional%20espa%C3%B1ol%20de%20Derechos%20Fundamentales.pdf>. p. 126.

El sistema español de protección de derechos del menor está articulado con los tratados internacionales que velan por sus derechos mediante la remisión del art. 39.4 CE<sup>161</sup>.

El art. 10.2 CE, otorga criterio hermenéutico a la DUDH y a los tratados internacionales relativos a derechos para determinar el contenido de los derechos fundamentales constitucionales.

Por otra parte, el art. 96.1 CE incorpora al ordenamiento interno como norma de rango legal a partir de su publicación oficial el CEDH y los tratados válidamente celebrados y ratificados por España siendo, por tanto, “directamente aplicables frente a todos los poderes públicos y, en ciertos casos, frente a los particulares”<sup>162</sup>.

El TC, en su STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7, reconoce al Convenio de Roma criterio hermenéutico y, además, capacidad para concretar el contenido mínimo de los derechos fundamentales:

“[P]or eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 78/1982, de 20 de diciembre y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo [...], dado que su cumplimiento está sometido al control del TEDH, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo, 114/1984, de 29 de noviembre, 245/1991, de 16 de diciembre, 85/1994, de 14 de marzo y 49/1999, de 5 de abril)”<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> Aguilar Calahorra, A. (s.f.). *Universidad de Granada*. Recuperado el 11 de Noviembre de 2013, de El Sistema Constitucional de España: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/01AAguilar.htm> p.13.

<sup>162</sup> Freixes, T. (2011). Las Consecuencias de la Integración de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Multinivel. En C. G. al., *El Sistema Multinivel de los Derechos Fundamentales en Europa. 50 aniversario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (pp. 141-221). Madrid : Universitat Autònoma de Barcelona. p.145.

<sup>163</sup> Sagarra Trías, E. (2002). *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*. Barcelona: Publicaciones de la Universitat de Barcelona. p. 81.

## **A. La protección de los derechos del niño en el constitucionalismo español**

Rastrear la protección de los derechos, en particular los derechos del menor, en el constitucionalismo histórico español no es tarea fácil. Su carácter inestable y la tendencia del grupo político dominante a diseñarse un texto *ad hoc* a su particular interés, en detrimento de expresar el interés y la voluntad general, hace que sus textos estén faltos de auténticas referencias a los derechos fundamentales.

En opinión de Álvarez Vélez, el constitucionalismo español del siglo XIX se caracteriza por una amalgama de textos constitucionales producto de la situación de inquietud social y política en que se vive, en los que las diversas posiciones tratan de imponer las ideas que defienden<sup>164</sup>.

Sánchez Agesta califica a nuestro constitucionalismo de superficial, que se pone de manifiesto en el continuo tejer y destejer constituciones y el desvirtuar de forma permanente los principios del régimen constitucional y representativo a causa de la indeseada frecuencia de los pronunciamientos, el caciquismo y el falseamiento de los resultados electorales<sup>165</sup>.

Partiendo de la Constitución de 1812 efectuamos una breve revisión de nuestro constitucionalismo para identificar lo que en él se refiere a la protección de los derechos en general y, en concreto, a los derechos de la infancia y del menor haciendo caso omiso de aquellas constituciones en las que no son mencionados los derechos o son tratados de forma ajena al objeto del presente trabajo.

La Constitución de 1812 reconoce los derechos civiles y políticos y trata de enraizarlos en la legislación española. Destacamos el principio de igualdad, cuyo antecedente es un decreto de las Cortes de agosto de 1811, que suprimió los señoríos, sus prestaciones y privilegios. Este principio se manifiesta en la unidad de códigos y de fueros y en la abolición de la prueba de nobleza para el

---

<sup>164</sup> Álvarez Vélez, M. I. (1994). *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. p. 109.

<sup>165</sup> Torres del Moral, A. (1991). *El Constitucionalismo Histórico Español. Cuarta edición*. Madrid: Átomo Ediciones, S. A. p. 16.



acceso a la función pública<sup>166</sup>. La Constitución declara en su art. 4, que la Nación está obligada a proteger la libertad civil, la propiedad y demás derechos legítimos de todos sus individuos, mediante leyes justas. No especifica cuáles son estos derechos y, en concreto, los referentes a los niños. Cabe mencionar, en materia de educación, la elaboración de un plan de enseñanza atribuido a las Cortes, que determina la obligatoriedad de la enseñanza primaria<sup>167</sup>.

En el discurso preliminar a la Constitución, Argüelles ensalza la necesidad de la enseñanza para el desarrollo de la nación, comparándola con la necesaria protección que le proporcionan los soldados: “El Estado, no menos que de soldados que le defiendan, necesita de ciudadanos que ilustren a la nación y promuevan su felicidad con todo género de luces y conocimientos”. Aboga por la educación pública y la uniformidad de la enseñanza, siendo uno de los primeros cuidados en los que se deben ocupar los representantes del pueblo grande y generoso. Propugna una enseñanza pública que no se confíe a manos mercenarias, a genios limitados que obren según falsas ideas o juicios equivocados que pudieran ocasionar una funesta controversia de opiniones y doctrinas.

Marca las siguientes pautas de enseñanza: “Las ciencias sagradas y morales continuarán enseñándose según los dogmas de nuestra santa religión y la disciplina de la Iglesia de España; las políticas, conforme a las leyes fundamentales de la Monarquía sancionadas por la Constitución; y las exactas y naturales habrán de seguir el progreso de los conocimientos humanos, según el espíritu de investigación que las dirige y las hace útiles en su aplicación a la felicidad de las sociedades”<sup>168</sup>.

Una vez restablecida la Constitución de 1812, se redacta en 1821 un plan general de estudios que, a pesar de que no llegó a entrar en vigor, proponía

---

<sup>166</sup> Ibídem. p. 44.

<sup>167</sup> Álvarez Vélez, M. I. (1994). *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. p. 113.

<sup>168</sup> Argüelles Álvarez González, A. (1812). *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p.125.

uniformizar toda la enseñanza costeada por el Estado y procurar la creación de escuelas en todos los pueblos para niños y niñas<sup>169</sup>.

Durante el período de restauración constitucional se promulgan las leyes de 23 de enero de 1822 y la de 6 de febrero de 1822, que constituyen la base de la beneficencia española con la creación de las maternidades destinadas a acoger a los menores de seis años rechazados por sus madres desde el parto<sup>170</sup>.

En las constituciones de 1837 y de 1845 no se encuentran referencias a los derechos de los niños, ni a otras materias que les afecten. La Constitución de 1869 menciona la educación para establecer la libertad que tienen todos los españoles de poder fundar centros de enseñanza, aunque no tuvo desarrollo legislativo que indicara su alcance<sup>171</sup>.

La Constitución de 1876 reconocía en materia de educación, la libertad para fundar y mantener centros de enseñanza, reservando al Estado la expedición de títulos profesionales y el establecimiento de la normativa de obtención. Sobre la libertad de cátedra, fue el ministro de Fomento el que dictó, en 1875, un decreto y una circular por las que imponía la adecuación de la enseñanza al dogma católico y al sistema monárquico, lo que llevó a la deserción de sus cátedras a muchos profesores universitarios<sup>172</sup>.

La Constitución de la II República, promulgada el 9 de diciembre de 1931, hace su declaración de derechos, en el título III, con el reconocimiento de los derechos liberales tradicionales del constitucionalismo del siglo XIX tanto los civiles como políticos y, en su capítulo segundo, los derechos de la familia y los relativos a la economía y a la cultura. El sistema de protección de los derechos culmina con el Tribunal de Garantías Constitucionales. El capítulo

---

<sup>169</sup> Álvarez Vélez, M. I. (1994). *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. p. 114.

<sup>170</sup> Palacios Sánchez, J. (1986). La enseñanza en las instituciones españolas para la "reforma de menores". *Menores. Revista de la Dirección General de Protección Jurídica del Menor*, pp. 3-13.

<sup>171</sup> *Ibídem*. p. 114.

<sup>172</sup> Torres del Moral, A. (1991). *Constitucionalismo Histórico Español*. Madrid: Átomo Ediciones, S. A. pp. 142-143.

primero del mismo título proclama las garantías individuales y políticas, no obstante, impone a las órdenes religiosas la prohibición de ejercer la industria, el comercio y la enseñanza, art. 26. 4ª. Dispone además, que los bienes de las órdenes religiosas podrán ser nacionalizados, art. 26. 6ª. El art. 31 reconoce a los españoles el derecho a emigrar o inmigrar sujeto a las limitaciones que legalmente se establezcan. La expulsión de los extranjeros estará sometida a una ley especial<sup>173</sup>.

Esta Constitución republicana protege, en el art. 43, los derechos de la familia, que estará bajo la salvaguardia especial del Estado, el derecho a la cultura y otros. Establece que son los padres los que tienen la obligación de alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos, nacidos dentro o fuera del matrimonio, siendo el Estado el que velará por su cumplimiento y se compromete, subsidiariamente, a cumplir estas obligaciones de los padres. El Estado será quien preste asistencia a los enfermos y ancianos, proteja la maternidad y la infancia, asumiendo la Declaración de Ginebra o tabla de los derechos del niño<sup>174</sup>.

El art. 48 establece el servicio de la cultura como atribución esencial del Estado, mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada, así como, la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza primaria. No obstante reconocer en el art. 47 la libertad de cátedra, la opción de las iglesias en este ámbito, queda limitada a la enseñanza de sus respectivas doctrinas, en sus propios establecimientos y bajo la inspección del Estado<sup>175</sup>.

El 17 de mayo de 1958, el General Franco promulga la Ley de Principios del Movimiento Nacional. El art. 22 de la Ley establece que el Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, cuyos derechos y deberes son anteriores a toda ley humana positiva. Dispone

---

<sup>173</sup> VV.AA. (09 de Diciembre de 1931). *Contitución de 1931*. Recuperado el 01 de Noviembre de 2013, de Congreso.es: [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1931.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf) p.13.

<sup>174</sup> Álvarez Vélez, M. I. (1994). *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional españoles*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. p.119.

<sup>175</sup> VV.AA. (09 de Diciembre de 1931). *Contitución de 1931*. Recuperado el 01 de Noviembre de 2013, de Congreso.es: [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1931.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf) p.13.

el art. 23 la obligación que tienen los padres de alimentar, educar e instruir a sus hijos, y que el Estado suspenderá o privará la patria potestad de aquellos que no la ejerzan dignamente, y transferirá la guarda y educación de los menores a quien por ley le corresponda<sup>176</sup>.

## **B. Protección de derechos del menor en sistema constitucional de 1978**

La Ley para la Reforma Política fue el instrumento jurídico utilizado para articular la Transición española del régimen del General Franco a un sistema constitucional democrático, apoyándose en el régimen legal vigente en 1975 y utilizando los procedimientos que las Leyes Fundamentales del Reino contemplaban para la reforma del régimen. La Ley para la Reforma Política (LRP) 1/1977 de 4 de enero, fue aprobada por las Cortes Generales el 18 de noviembre de 1976 y sometida a referéndum el 15 de diciembre de 1976. En palabras del presidente de la Cortes y del Consejo del Reino, Fernández Miranda, la LRP permitió avanzar hacia la democracia: “de la ley a la ley a través de la ley”. La finalidad de esta Ley es hacer un llamamiento a los españoles para que definan las bases del orden constitucional que pretenden establecer<sup>177</sup>.

La LRP establecía en su art. 1: “La democracia, en el Estado español se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo. Los derechos fundamentales de la persona son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado”.

Tras la LRP, la Constitución española de 1978 responde al significado general de Constitución que, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado que ella constituye y, por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales. En este sentido, la actual constitución es coherente con este significado general, enlazando con la primera de nuestras constituciones, la de Cádiz de 1812<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> Sánchez Agesta, L. (1972). *Los Documentos Constitucionales y Supranacionales con Inclusión de las Leyes Fundamentales de España*. Madrid: Editora Nacional. p. 207.

<sup>177</sup> Sánchez Agesta, L. (1994). *Sistema Político de la Constitución Española. Séptima Edición*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. pp. 19-20.

<sup>178</sup> García de Enterría, E. y R. (1986). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Cívitas S.A. pp. 96 y 97.

Una vez establecido en nexo de unión entre el régimen anterior y el vigente régimen constitucional, pasamos a analizar los derechos fundamentales que éste reconoce, sin considerar, por el momento, las referencias concretas a los derechos de los menores.

En la actualidad, los derechos humanos constituyen el código elemental de la ética universal y son criterio evidente de legitimación del poder político, cuya eficacia es aceptada en el ámbito de la doctrina y en el de la práctica nacional e internacional<sup>179</sup>.

Frente a la situación histórica anterior que, hasta bien entrado el pasado siglo XX, se caracterizada por la defensa política de los derechos, la Constitución actual contempla un auténtico sistema de protección de derechos y de libertades. Nuestro diccionario de la lengua define el término sistema como el “conjunto de reglas y principios sobre la misma materia racionalmente entrelazados entre sí” que contribuyen a determinado fin. El mencionado sistema está regulado principalmente en los capítulos IV y V del título I de la CE, consta de cuatro elementos esenciales: un régimen de garantías normativas; un régimen de defensa jurisdiccional para hacer frente a posibles violaciones de los derechos; un régimen de vigilancia y un régimen de suspensión de los derechos y libertades, lo que también supone un elemento básico de protección<sup>180</sup>.

El objetivo que pretende la Constitución es dotar a la sociedad de instrumentos jurídicos para organizarse y defenderse del poder del Estado, arbitrar medios de participación e influencia frente a los poderes públicos, y establecer las bases para que el Estado pueda proveer los recursos

---

<sup>179</sup> Castro Cid, B. d. (1980, Noviembre-Diciembre). *Derechos Humanos y Constitución*. Retrieved Marzo 26, 2014, from Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Nº 18. Noviembre-Diciembre 1980: [dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26635&orden=0&info](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26635&orden=0&info).

p. 3: “Hoy, los derechos humanos, en cuanto código elemental de la verdadera ética universal de nuestro tiempo, están actuando con toda evidencia como un signo autosuficiente de contraste, como un criterio transparente de legitimación del ejercicio del poder, cuya eficacia es generalmente aceptada tanto en el plano de la doctrina como en el de la praxis política nacional o internacional”.

<sup>180</sup> Blanco Valdés, R. L. (2011). *La Constitución de 1978*. Madrid: Alianza Editorial. p. 298.

económicos y administrativos para facilitar el libre desarrollo de la personalidad de cada ciudadano<sup>181</sup>.

El art. 1 de la Constitución proclama que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho” y, como uno de los elementos básicos de esta forma de Estado, declara en el Título I cuáles son los derechos fundamentales y las libertades públicas<sup>182</sup>.

En primer lugar, como dice Sánchez Agesta, no basta con proclamar un conjunto de derechos y libertades que son inherentes al hombre por su naturaleza, sino que además, hay que definirlos, establecer sus garantías y su defensa. Los términos derecho, libertad y garantía no son equivalentes. Libertad significa la ausencia de presión exterior para poder hacer efectivo un derecho o elegir entre varias opciones. Derecho es la facultad de pedir o exigir, que se otorga a la voluntad de determinados sujetos, y la correspondiente obligación, de quienes tienen el deber de respetar o satisfacer esa pretensión. Por último, garantía significa los medios puestos a disposición de los particulares o de los poderes públicos para proteger un derecho o el contenido de una libertad. Pero, el ejercicio de los derechos y libertades no es ilimitado, ya que, tiene su cortapisa en el respeto de los derechos de los demás, la salvaguardia de otros valores comunes superiores, como la paz y la seguridad de Estado, la moral pública y la protección de los derechos de las minorías<sup>183</sup>.

El valor de la Constitución se manifiesta en su capacidad para establecer derechos y libertades. La Constitución es, en esencia, un pacto que se manifiesta en la proclamación de dos principios fundamentales, que son: la separación de poderes y la protección de los derechos de las personas<sup>184</sup>. Expresado en forma negativa: “Toda sociedad en la cual la garantía de derechos no esté asegurada y la separación de poderes determinada carece

---

<sup>181</sup> Torres del Moral, A. (1992). *Principios de Derecho Constitucional Español. Tercera edición renovada*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. p. 335.

<sup>182</sup> Rovira Viñas, Antoni. *Los derechos y libertades fundamentales en la Constitución española de 1978*. P. 87. Obra de: Blas, Andrés de; García Cotarelo, Ramón; González Encinar, José Juan; Lucas Murillo de la Cueva, Pablo. (1983). *Introducción al Sistema Político Español*. Barcelona: Teide.

<sup>183</sup> Sánchez Agesta, L. (1994). *Sistema Político de la Constitución Española. Séptima Edición*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. pp. 210-211.

<sup>184</sup> Blanco Valdés, R. L. (2011). *La Constitución de 1978*. Madrid: Alianza Editorial. p. 15.



de Constitución” (art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789).

En el estado liberal-democrático, los derechos y libertades fundamentales son un elemento decisivo para limitar el poder político, a la vez que, como señala Loewenstein, un reconocimiento jurídico del ámbito de autodeterminación individual<sup>185</sup>.

El TC, en su sentencia 9/1981 de 31 de marzo, FJ 2, corrobora el valor de la Constitución para establecer y fundamentar los derechos fundamentales y las libertades públicas:

“[P]ues bien, es claro, que la Constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que en esta materia ha de tener efecto retroactivo, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de Leyes válidas -en aquel momento, -en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución.”

La Constitución asienta el fundamento del orden político y de la paz social en los derechos inherentes de la persona humana por razón de su dignidad, art. 10.1 CE. La dignidad de la persona, como fundamento del orden político y de la paz social no tiene en el texto constitucional, ni en su preámbulo, otra base que no sea la voluntad de la nación española. La dificultad de definir la dignidad humana y su carácter de vincular toda la Constitución, en particular los artículos del título primero, la resuelven algunos autores diciendo que “significa una apelación a la esencia de la naturaleza humana”. Para otros, la dignidad humana “deriva de la consideración de fines éticos”. Es un concepto de valor que puede interpretarse en sentido negativo como rechazo a todo lo que suponga un ataque a esa dignidad<sup>186</sup>.

La Constitución establece un sistema de protección de derechos de proyección universal, en cuanto que, sus principios y valores se inspiran en la

---

<sup>185</sup> Blas Guerrero, A. d. y García Cotarelo, Ramón (1988). *Teoría del Estado*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. p. 79.

<sup>186</sup> Sánchez Agesta, L. (1994). *Sistema Político de la Constitución Española. Séptima Edición*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. pp. 93-94.

DUDH y en los convenios internacionales sobre derechos humanos que España ha ratificado. En un momento preconstituyente se polemizó sobre la conveniencia de incluir en la Constitución una tabla de derechos o hacer una remisión a los textos internacionales del ámbito español. La segunda opción suponía la ventaja de simplificar el proceso constituyente y la existencia de una interpretación y jurisprudencia internacionales que habían ya delimitado el contenido y alcance de muchos derechos. Por fin se optó por el criterio de establecer una tabla propia de derechos<sup>187</sup>.

El TC declara que nuestro sistema constitucional de protección de derechos está anclado en el sistema de valores y principios de ámbito universal:

“[N]o cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico” (STC 21/1981, del 15 de junio, FJ 10).

Como ha declarado el Tribunal, los derechos fundamentales son inherentes a la persona por su dignidad:

“[E]l valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 de la CE, constituye un germen de unos derechos, que le son inherentes al ser humano y, dentro del sistema constitucional es considerado como el punto de arranque, como el «*Prius*» lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos». De forma que [...] los derechos fundamentales, en cuanto proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona, se erigen en los fundamentos del propio Estado de Derecho democrático, y no pueden ser menoscabados” (STC 194/1994, de 28 de junio).

La conexión de los derechos con la dignidad humana la señala Pérez Luño al definir los derechos humanos como: “Conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la

---

<sup>187</sup> Torres del Moral, A. (1992). *Principios de Derecho Constitucional Español. Tercera edición renovada*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. p. 335.

dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”<sup>188</sup>.

La vinculación de la dignidad, la igualdad y la libertad con el sistema español de derechos fundamentales, se manifiesta en una doble dimensión. Obligación negativa: el Estado ha de abstenerse de realizar actos legislativos o ejecutivos que supongan trato degradante o envilecedor de la persona. Obligación positiva: toda acción de los poderes del Estado debe encaminarse a proteger al ciudadano de cualquier ataque contrario a sus derechos fundamentales, especialmente los referentes a la dignidad y persona del menor<sup>189</sup>.

Nuestra Constitución goza de las propiedades necesarias y suficientes para reconocer y garantizar los derechos y libertades que ella misma proclama y establece, como así lo reconoce el Tribunal Constitucional.

La Constitución es una norma jurídica no una mera declaración programática, tal como lo establece el TC en su STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1:

“[C]onviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella”.

La Constitución de 1978 responde al modelo de constitución como norma jurídica según ella misma lo dispone. En primer lugar, declara expresamente que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución” (art. 9.1). En segundo lugar, la Disposición Derogatoria 3 declara “derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”. Además, señala que alguno de sus contenidos materiales son

---

<sup>188</sup> Blas Guerrero, A. d. y García Cotarelo, Ramón (1988). *Teoría del Estado*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. p. 225.

<sup>189</sup> Núñez Rivero, C. y. (2011). La Protección del Menor desde un Enfoque del Derecho Constitucional. *Revista de Derecho UNED*, nº 9, 2011. pp. 261-294. p. 267.

vinculantes a todos los poderes públicos (art. 53.1) incluida la tutela judicial efectiva, incluso reforzada mediante el recurso de amparo [art. 53.2; art. 161.1 b)]. Por último, las leyes han dejado de ser la única vía de positivización facultativa de los derechos y que ellas mismas serán nulas si contradicen los preceptos de la Constitución [(art. 161.1 a) y (art. 164)]<sup>190</sup>.

La Constitución y el resto del ordenamiento jurídico vinculan tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos, si bien de forma distinta. Así, queda establecido en la STC 101/1983 que, mientras que los ciudadanos tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts.30 y 31 CE, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones conforme con la Constitución (art.9 CE)<sup>191</sup>.

La Constitución es la norma fundamental, su contenido organiza la unidad social de vida política a la consecución del bien común<sup>192</sup>.

La Constitución es no sólo el supuesto, sino parte integrante y necesaria de la totalidad del orden jurídico en el que ocupa el primer rango, pues determina las condiciones de validez del resto de las normas<sup>193</sup>.

Además de su naturaleza jurídica, posee una cualidad diferencial del resto de las normas de esta especie, como así lo establece la doctrina del TC en su STC 9/1981 31 de marzo, FJ 3:

"[L]a Constitución es una norma -como se ha señalado- pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de

---

<sup>190</sup> García de Enterría, E. y R. (1986). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Cívitas S.A. p. 91.

<sup>191</sup> Rodríguez Coarasa, C. (Diciembre de 2003). *Sinopsis artículo 9 CE*. Recuperado el 19 de Febrero de 2014, de Congreso de los Diputados: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=9&tipo=2>.

<sup>192</sup> Sánchez Agesta, L. (1951). *Lecciones de Derecho Político. Cuarta edición*. Granada: Librería Prieto. p. 293.

<sup>193</sup> García-Pelayo, M. (1993). *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, S. A. p. 100.

informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico"<sup>194</sup>.

La Constitución es la norma suprema, la norma de las normas, dotada de supremacía y es el origen de un ámbito denominado "superlegalidad". Su existencia permite determinar la jerarquía de las normas, porque al ser la suprema da origen a esa jerarquía, y porque es la que determina en su enunciado el carácter de las demás normas y el lugar que les corresponde en la jerarquía<sup>195</sup>.

El DTC 1/ 2004, FJ 4, de 13 diciembre, reitera la doctrina del Tribunal sobre la Constitución como norma suprema de nuestro Ordenamiento, y que es consustancial a su condición de norma fundamental su supremacía frente a los tratados internacionales:

"[Q]ue la Constitución es la norma suprema del Ordenamiento español es cuestión que, aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva sin duda del enunciado de muchos de ellos, entre otros de sus arts. 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, y es consustancial a su condición de norma fundamental; supremacía o rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales, que afirmamos en la Declaración 1/1992 (FJ 1)".

La supremacía de la Constitución es indiscutible en el orden interno y, por tanto, su normatividad que es presupuesto de la supremacía:

"[...] la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del

---

<sup>194</sup> VV.AA. (2007). *Sentencia TC 9/1981, de 31 de marzo*. Recuperado el 07 de Abril de 2015, de Word Press: <https://bonfante.files.wordpress.com/2007/02/sentencia-tc-9-1981.doc> p. 5.

<sup>195</sup> Lucas Verdú, Funciones de la Constitución, Citado en: Blas Guerrero, A. d. y García Cotarelo, Ramón (1988). *Teoría del Estado*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. p. 213.

poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la CE).” (STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1)<sup>196</sup>.

Blanco Valdés, funda la condición de la Constitución como norma suprema en el control de la constitucionalidad de la Ley. Aunque la idea de la primacía de la Constitución ha sido siempre inseparable del concepto mismo de Constitución, sólo ha llegado a ser un “específico concepto dogmático” en el momento de hacer derivar de ella consecuencias jurídicas concretas con respecto a las normas que se pretendan oponer a ella<sup>197</sup>.

Las disposiciones de la Constitución son de aplicación directa, los derechos y libertades que reconoce se aplicarán directamente sin que precisen para hacerse efectivos una ley que los desarrolle, como lo establece la STC 39/1983 de 17 de mayo, FJ 2:

“[A]nte todo y para situar debidamente el problema planteado, conviene recordar una vez más que los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo”<sup>198</sup>.

La Constitución es también norma jurídica directamente aplicable por los Tribunales, STC 16/1982 de 28 de abril:

“[L]a Constitución lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo, es una norma jurídica, la Norma Suprema de nuestro ordenamiento jurídico a la que están sometidos los ciudadanos y los poderes públicos, a través de su vinculación inmediata”

Disintiendo de la jurisprudencia del TC, algunos autores mantienen que el art. 1 CE carece de eficacia normativa directa. A raíz de la reciente STC

---

<sup>196</sup> Requejo Pagés, J. L. (Mayo de 2008). *Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional*. Recuperado el 08 de Abril de 2015, de Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos: [www.confeuconstco.org/reports/rep-xiv/report\\_Spain\\_sp.pdf](http://www.confeuconstco.org/reports/rep-xiv/report_Spain_sp.pdf). p.10.

<sup>197</sup> Blanco Valdés, R. L. (2006). *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial. p. 133.

<sup>198</sup> Muñoz Arnau, J. A. (2014). *Algunas Cuestiones sobre el Desarrollo de la Constitución Española de 1978*. Madrid: Dykinson, S. L. p. 183:

En opinión de este autor, la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, art. 53 CE y el mandato a los jueces, art. 7 LOPJ, haría innecesario su desarrollo legislativo, no obstante, la jurisprudencia del TC ha considerado, posiblemente, el carácter limitado del ámbito protegido hasta que se produzca su desarrollo legislativo.



17/2013, en la que señala que «los extranjeros gozan en España del derecho fundamental derivado del artículo 18.4 CE en las mismas condiciones que los españoles», Mora Alemañy afirma que: “La CE [...] en su artículo 1 proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico. Este precepto es considerado por la doctrina como carente de eficacia normativa directa”. Apoya su aserto en que otros autores, como Jiménez Campo y Vidal Fueyo, entienden que el art. 1 CE no tiene efectos jurídicos inmediatos<sup>199</sup>.

El principio de interpretación conforme obliga a que toda la normativa sea conforme con la Constitución. Las consecuencias de la supremacía de la Constitución suponen, en primer lugar, que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con lo que ella preceptúa ya que, en caso contrario, podrían ser declaradas inconstitucionales. En segundo lugar, entra en juego su valor interpretativo por el que toda norma que sea susceptible de admitir más de una interpretación, deberá aceptarse aquella que mejor se adapte al texto constitucional<sup>200</sup>. También la supremacía de la Constitución surte efecto interpretativo sobre las normas que son anteriores a ella:

“[L]a naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y, en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella: Inconstitucionalidad sobrevenida que afecta a la validez de la norma y que produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación.”

Es políticamente necesario y jurídicamente obligatorio, interpretar todo el Ordenamiento jurídico desde la perspectiva constitucional y de conformidad

---

<sup>199</sup> Jiménez Campo, J. «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *REDC*, nº 9, 1993.

p.79. [...] considera que «esta declaración, por sí sola carece de efectos jurídicos inmediatos»; en similares términos se pronuncia Vidal Fueyo, M<sup>a</sup> del C., *Constitución y extranjería*, Madrid, CEPC, 2002, p. 160, quien al respecto cita al mencionado autor. Giménez Glück, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 34, entiende que no tiene efectos jurídicos inmediatos pese a que no es un mero enunciado declarativo. Mora Alemañy, R. (2013). ¿También los extranjeros son iguales ante la Ley? *Revista de Derecho UNED*. Núm. 12. pp. 561-594. p. 561.

<sup>200</sup> Rodríguez Coarasa, C. (2003, Diciembre). *Sinopsis artículo 9 CE*. Retrieved Febrero 19, 2014, from Congreso de los Diputados: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=9&tipo=2>

con ella, y no interpretar la Constitución de acuerdo con la normativa que la desarrolla<sup>201</sup>.

### **C. Protección jurídica de los derechos del menor**

En el marco constitucional se van a producir un desarrollo que incidirá directamente en la protección jurídica del menor que, a su vez, repercutirá en la protección de los menores extranjeros no acompañados.

La STC 36/1991 declara inconstitucional el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM). El TC aprecia que el citado artículo viola el principio de seguridad jurídica al ordenar que "el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones", que está consagrado en el art. 9.3 CE (seguridad jurídica), si el art. 24 CE (tutela judicial efectiva) fuese también infringido. En cuanto a esta infracción, el TC señala que los derechos fundamentales que consagra el art. 24 CE han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales. En consecuencia, en cuanto que tales derechos se aseguran mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan, al excluir el art. 15 LTTM la aplicación de "las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones" ha de ser declarado inconstitucional y nulo, y apremia al legislador para que reforme la normativa tutelar de menores<sup>202</sup>.

Los Tribunales Tutelares de Menores (TTM), órganos colegiados que en la mayoría de los casos sus titulares no fueron magistrados, salvo en alguna excepción, se transformaron en las Magistraturas Tutelares de Menores (MTM), que son órganos unipersonales cuya función es conocer, en primera instancia, las cuestiones que tienen atribuidas en base a su especialización. Con esta

---

<sup>201</sup> Torres del Moral, A. (1992). *Principios de Derecho Constitucional Español. Tercera edición renovada*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. p. 170.

<sup>202</sup> Rodríguez Schumacher, C. (1999). *La STC 36/1991 y su incidencia en el cambio de la legislación de menores*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2013, de REOCITIES: [http://www.reocities.com/carlos\\_rocher/stc.htm](http://www.reocities.com/carlos_rocher/stc.htm).

p.1. El art. 15 LTTM establece que las sesiones que estos Tribunales celebren no serán públicas y que el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en el resto de las jurisdicciones.

transformación se pasa de una función fundamentalmente tutiva de los TTM a una tutela judicial efectiva por las MTM de los derechos del menor<sup>203</sup>.

La diferencia esencial entre la actuación del Juez ordinario y el Tribunal Tutelar de Menores estriba en que, en el procedimiento ordinario, la actuación del Juez finaliza con la sentencia. En cambio, con el dictamen del fallo comenzaba la labor característica del TTM. Por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) 6/1985, de 1 de julio, los TTM fueron sustituidos por los Juzgados de Menores e incluidos en la jurisdicción ordinaria<sup>204</sup>.

#### **IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS**

Las fuentes que configuran el estatuto jurídico de los extranjeros en España son: en primer lugar la Constitución, en particular sus arts. 13 y 10, y las remisiones que estos hacen a otros preceptos constitucionales; en segundo lugar, los tratados internacionales relativos a derechos humanos, siempre que los derechos que estos proclamen estén también consagrados en nuestra constitución, STC 36/1991, FJ 5; tercera, la jurisprudencia del TC por ser este Tribunal el “intérprete supremo de la Constitución”, LOTC art.1; por último, la normativa sobre extranjería que desarrollan los preceptos constitucionales referentes a los derechos. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el estatuto jurídico de los extranjeros según lo establecido en el sistema europeo de protección de derechos<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Mendizábal Oses, L. (1974). *La transformación de las estructuras instrumentales de protección a los menores en función de las innovaciones legislativas*. Retrieved Marzo 02, 2014, from Ministerio de Justicia: [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344054725?](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344054725?) p. 1.

<sup>204</sup> García Hernández, G. (n.d.). *Equipo técnico y medidas judiciales*. Retrieved Marzo 03, 2014, from [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata):

p. 6. “[...] es de advertir que los expedientes en que se acuerda la libertad vigilada o el internamiento de los menores, lejos de permanecer inactivos, continúan en constante movimiento, pues, frecuentemente, vuelven a juicio para adoptar nuevos acuerdos, bien sea porque el menor en libertad vigilada cometió nuevas faltas que obliguen a internarlo; porque el internado mereció la libertad vigilada; porque se dé fin al tratamiento con la libertad definitiva; porque se traslade al menor a otro Establecimiento o se le cambie el Delegado, o por otros mil motivos que en la práctica, inducen a ocuparse nuevamente de cada expediente y de cada menor” Gabriel María de Ybarra.

<sup>205</sup> Jiménez de Parga y Cabrera, M. (n.d.). *La inmigración en la jurisdicción del Tribunal Constitucional Español*. Retrieved Diciembre 30, 2013, from Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/10aniversari/E-ESPANA.pd>. pp. 2-3.

Otros autores conforman el estatus de los derechos y libertades de los inmigrantes mediante el “estudio integrado de los diferentes niveles que lo abordan” para delimitar el contenido, alcance, límites, titularidad y ejercicio de los derechos, partiendo, en primer lugar de la Constitución; el tratamiento que da a los derechos la legislación de extranjería; el Derecho convencional internacional en materia de derechos; y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución<sup>206</sup>.

Estos dos paradigmas que hemos analizado coinciden en la identificación de las fuentes que configuran el estatuto jurídico de los extranjeros en España.

Desde el punto de vista jurídico, en opinión de Nieto García, todo menor está protegido por un estatuto claro y concreto establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la LOPJM 1/1996. Por tanto, tratándose de menores extranjeros no acompañados se debe priorizar, especialmente cuando se ejerce por el juez el control jurisdiccional, su condición de menor de edad por lo que prima su protección frente a su situación de inmigrante en situación irregular<sup>207</sup>.

Pasamos a analizar cómo se construye el estatuto jurídico de los menores extranjeros en las fuentes mencionadas: la Constitución de 1978, los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la normativa infraconstitucional.

## **1. En la Constitución de 1978**

El régimen jurídico de los menores extranjeros en la Constitución será el conjunto conformado por las disposiciones que les afecten como menores y como extranjeros. Identificaremos, pues, los derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros y a los menores. Es de gran interés explicitar la norma general para aplicarla a los menores de edad, pues esto supone una

---

<sup>206</sup> Goig Martínez, J. M. (2009). Tratamiento constitucional, jurisprudencial y legislativo de los derechos y libertades de los inmigrantes en España. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 17- 2º semestre 2009, pp. 33-51. p. 33.

<sup>207</sup> Nieto, L. C. (2007). *Menores y extranjeros: us solo marco jurídico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. p. 21.

garantía para su efectividad y cumplimiento añadido a los derechos de los mayores<sup>208</sup>.

Comenzaremos por analizar la persona del menor como sujeto de derechos. La pregunta: ¿tienen derechos los niños? obtendría diversas respuestas según quién fuera el supuesto interlocutor al que se le formula. Un jurista respondería sin dudar que sí, porque el niño es jurídicamente una persona siendo titular, por tanto, de derechos y obligaciones, aunque tiene limitada su capacidad para ejercer estos derechos en razón de su edad y discernimiento. Un filósofo del Derecho o un teórico de los derechos humanos, tras previa reflexión, diría que los derechos humanos fueron concebidos para la proyección de la autonomía individual que exige una independencia no atribuible al menor de edad. Por último, un político, un educador, un psicólogo o un interesado en los problemas que afectan a la infancia, respondería afirmativamente, aunque objetarían que no reciben la protección suficiente<sup>209</sup>.

Es notorio que la doctrina constitucionalista ha prestado atención preferente al estudio de los extranjeros como personas jurídicas sin detenerse en la cuestión de la minoría de edad. Sin embargo, debería de ser objeto de la conveniente reflexión para poder responder al interrogante planteado: ¿es el menor sujeto de derechos? Para responder, es inevitable acudir al concepto clásico de la Teoría General del Derecho sobre capacidad jurídica y capacidad de obrar, que define la primera como la aptitud o posibilidad de ser sujeto o titular de derechos y obligaciones, en cambio, la segunda se conceptúa como la capacidad para el ejercicio de los derechos<sup>210</sup>. En conclusión, al menor de edad se le considera sujeto o titular de derechos, pero no tiene la capacidad de obrar plena.

En el intento de identificar los derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros nos encontramos con la variedad de denominaciones con las

---

<sup>208</sup> Elías Méndez, C. (2002). *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*. Valencia: Universitat de Valencia. p. 94

<sup>209</sup> Hierro Sánchez-Pescador, L. L. (1991). ¿Tienen derechos los niños? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño. *Universidad Autónoma de Madrid. Revista de Educación nº 294*, pp. 221-233. pp. 250-251.

<sup>210</sup> Pascual Medrano, A. (1996). Los Derechos Fundamentales y la Ley de Protección del Menor. *Universidad de Navarra*, pp. 249-264. p. 249.

que el constitucional designa al titular de los derechos, incluso en el mismo artículo. El constitucional los designa unas veces como “todos”, otras “toda persona” o “todas las personas”; en ocasiones como “ciudadanos”, o bien, “los españoles”. También utiliza el impersonal “se”, sin puntualizar el sujeto titular del derecho<sup>211</sup>. Toda esta diversidad de denominaciones de los titulares dificulta la tarea de identificar, de forma inequívoca, a quién corresponde cada derecho concreto.

Superadas estas dificultades preliminares interesa conocer, pues, cómo vienen delimitados en la Constitución los derechos de los inmigrantes y la titularidad y ejercicio de los derechos y libertades que ésta les asigna. Hay que considerar que sobre los MENAS recae la doble condición de extranjeros en situación irregular, normalmente indocumentados, y la de su minoría de edad, que, desde el punto de vista jurídico, supone que son titulares de los derechos que les corresponden a los extranjeros mayores de edad y gozan de la protección que la Constitución y los convenios les otorgan por su condición de menores de edad<sup>212</sup>.

#### **A. Protección de los derechos de los extranjeros**

El art. 13 CE se refiere directamente, aunque no exclusivamente –ya que también cita a los españoles- a los derechos y libertades de los extranjeros en España<sup>213</sup>. El precepto más destacado de las disposiciones de la Constitución que se refieren a los extranjeros es el art. 13.1<sup>214</sup>. Dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. De este enunciado se infiere en primer lugar, que los extranjeros son titulares de todos los derechos

---

<sup>211</sup> Jiménez de Parga y Cabrera, M. (n.d.). *La inmigración en la jurisdicción del Tribunal Constitucional Español*. Retrieved Diciembre 30, 2013, from Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/10aniversari/E-ESPANA.pdf> p. 2.

<sup>212</sup> Cabedo Mallo, V. (09 de Abril de 2010). Los menores inmigrantes no acompañados y su régimen jurídico. *IV Simposio Internacional de Inmigración. Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia*. Valencia, Valencia, España: Fundación Ciudadanía y Valores. p. 2.

<sup>213</sup> Goig Martínez, J. M. (2009). Tratamiento constitucional, jurisprudencial y legislativo de los derechos y libertades de los inmigrantes en España. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 17- 2º semestre 2009, pp. 33-51. p. 35..

<sup>214</sup> Jiménez de Parga y Cabrera, M. (n.d.). *La inmigración en la jurisdicción del Tribunal Constitucional Español*. Retrieved Diciembre 30, 2013, from Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/10aniversari/E-ESPANA.pdf> p. 2.



fundamentales relacionados en el Título I de la CE, con la reserva de que, en su ejercicio, se atenderán a “los términos que establezcan los tratados y la ley”.

Desde la entrada en vigor de la Constitución y hasta la efectividad de la Ley de extranjería de 1985, ha sido muy importante la labor jurisprudencial de los tribunales para hacer valer en régimen jurídico que el constitucional había diseñado para los extranjeros. La acción jurisdiccional relevó a la Administración de su omnímoda presencia en materia de extranjería, que había sido una constante en el período político anterior<sup>215</sup>. Durante la vigencia de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, el Tribunal Supremo dictó sentencia con base en el art. 13.1 CE, por la que extiende a los extranjeros que hayan entrado legalmente en territorio nacional, los derechos fundamentales y las libertades de residencia y circulación en nuestro país<sup>216</sup>:

“[...] el derecho de residencia de los extranjeros en España no depende de la exclusiva discrecionalidad administrativa, como pretende la Administración apelante, sino que constituye un derecho fundamental garantizado por los artículos 13 y 18 de la Constitución [...]”

La reserva de la disposición constitucional: “en los términos que establezcan los tratados y la ley”, art. 13.1 CE, por hacer depender el disfrute de los derechos del Título I de los tratados y la ley, ha sido calificada como “una unidad compleja al borde de la fractura”<sup>217</sup>. Otros autores la consideran como abierta e indeterminada por la posibilidad de que los derechos garantizados por el Título I pudieran ser recortados por el desarrollo legislativo posterior<sup>218</sup>. Incluso, una parte de la doctrina interpreta que la reserva los

---

<sup>215</sup> Vidal Fueyo, M. d. (2002). *Constitución y extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 43.

<sup>216</sup> *Ibidem*. p. 46.

<sup>217</sup> Tajadura Tejada, J. (2002, Marzo 11). *Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español*. Retrieved Marzo 04, 2014, from <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2310/1/AD-8-48.pdf> p. 3.

<sup>218</sup> Scuto, F. (2006). *Universidad de Granada. REDCE*. Retrieved Enero 03, 2014, from *Derechos de los inmigrantes en situación irregular*: <http://www.urg.es/redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm>. p. 4.

tratados y las leyes “pretenden desconstitucionalizar la extranjería y excluir a los extranjeros del amparo constitucional”<sup>219</sup>.

Esta interpretación, que el TC no comparte, puede deberse a que el Borrador Constitucional (BC) regulaba el régimen jurídico de los extranjeros por la ley y los tratados. Todo esto hace suponer que fue un precepto muy controvertido y discutido. Vidal Fueyo señala que, cuando se redactó la Constitución, existía la prevención suficientemente generalizada sobre un determinado sector de inmigrantes por su potencial problemática para el Estado, prevención que se veía agravada por la particular situación geoestratégica de España como puente entre continentes cultural y económicamente distintos<sup>220</sup>.

En efecto, en el Borrador de la Constitución, el régimen jurídico de los extranjeros lo establecía el art. 14.4 BC:

“La condición jurídica del extranjero se regula por ley y por los tratados, siempre atendiendo al principio de efectiva reciprocidad”.

En cambio, en el Anteproyecto de la actual Constitución (AC), el citado precepto se definía en los apartados primero y segundo del art. 12 AC:

“1. La condición jurídica del extranjero se regulará por la ley y por los tratados, atendiendo siempre al principio de efectiva reciprocidad. Solamente los españoles serán titulares de derechos políticos.

2. Los extranjeros residentes en España gozarán de las libertades públicas del presente título, en los términos que la ley establezca”<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> Ruiz Legazpi, A. (2011). *La expulsión de menores extranjeros. Límites constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

p. 45. Ruiz Legazpi, el art. 13.1, según Miquel Calatayud, J. A. (1995). *Diez años de la Ley de Extranjería*. Barcelona: permite interpretaciones tan dispares como “una visión de máximo y utópica priorización” la citada disposición confiere a los extranjeros todo el nutrido repertorio de derechos básicos positivizados por el Título I o, por el contrario, otra visión que, resaltando la reserva del propio art.13 hace respecto de los tratados y las leyes, pretende desconstitucionalizar la extranjería y excluir a los extranjeros del amparo constitucional.

<sup>220</sup> Vidal Fueyo, M. d. (2002). *Constitución y extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 36.

<sup>221</sup> Gallego-Díaz, Soledad y De la Cuadra, Bonifacio (1989). *Crónica Secreta de la Constitución*. Madrid: Tecnos. p. 202.

En el Borrador, los derechos de los extranjeros están a merced del legislador. El Anteproyecto, desconstitucionaliza los derechos de los extranjeros que no gocen de la condición de residentes; en cambio, a los extranjeros residentes se les reconocen sus derechos en régimen similar al del art. 13.1 CE.

La resistencia a reconocer a los extranjeros un régimen jurídico constitucional se fue venciendo paulatinamente a lo largo de la tramitación de los borradores y anteproyecto.

El TC afirma que el art. 13.1 CE no supone la desconstitucionalización jurídica de los derechos de los extranjeros, pues, estos derechos y libertades siguen siendo constitucionales, aunque de configuración legal:

“[N]o supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades “que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley”, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal” (STC107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3).

El TC parte de su doctrina de la conexión de los derechos con la dignidad de la persona y del contenido constitucional de los Derechos para afirmar, que “resulta decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”, STC 236/2007 de 7 de noviembre, FJ3, porque al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido, STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2, ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”<sup>222</sup>.

---

<sup>222</sup> Balaguer Callejón, F. (s.f.). *El Contenido Esencial de los Derechos Constitucionales y el Régimen Jurídico de la Inmigración. Un Comentario a la STC 236/2007 de 7 de Noviembre.*

En opinión de Beilfus, la afirmación del Tribunal en la mencionada sentencia: “todos ellos, sin excepción, son derechos de configuración legal” da una impresión de uniformidad que rápidamente fue rechazada por el propio Tribunal<sup>223</sup>.

El Tribunal reitera su doctrina sobre la disposición del art. 13.1 CE en su sentencia 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2, precisando que el precepto constitucional no significa que los extranjeros sólo disfrutarán de los derechos y libertades establecidos por los tratados y la ley, sino, que son acreedores a los derechos y libertades del Título I CE, atemperado su contenido según lo determinado por los tratados y la Ley interna: “El párrafo 1 del art. 13 de la Constitución no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes” [...] “Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución [...] podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española”<sup>224</sup>.

---

Recuperado el 01 de Febrero de 2015, de Universidad de Granada: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/15FranciscoBalaguerCallejon.htm>. p. 14.

<sup>223</sup> González Beilfus, M. (11 de Enero de 2010). *El Papel de la Jurisprudencia Constitucional en el Desarrollo del Derecho Público de la Inmigración*. Recuperado el 25 de Febrero de 2014, de Revista catalana de dret públic. Nº 40.2010. p. 4.

<sup>224</sup> VV.AA. (2007). *Consejo General de la Abogacía Española. Subcomisión de Extranjería. Crisis de la Tutela Judicial Efectiva del Derecho de Extranjería en la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Madrid: Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya. p. 3.

La STC 99/1985 expresa que: “el derecho a la tutela judicial efectiva, y por ello las garantías judiciales, vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales, son disfrutadas sin consideración de nacionalidad por españoles y extranjeros”.

Asimismo, en su FJ 2, párrafo 2º dice que: “Es verdad, como afirma el representante del querellado, que nuestra Constitución es <obra de españoles>, pero ya no lo es afirmar que es solo <para españoles>. El párrafo primero del artículo 13 CE no significa que los extranjeros gozarán solo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes, como parece entender la mencionada representación procesal. Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título Primero de la CE (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los Arts. 19,23,29, como se desprende de su tenor literal y del mismo Art.13 en su párrafo segundo) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los Tratados internacionales y la ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible con todos los derechos, pues <existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos> ( STC 107/1984 de 23 de noviembre, Sala 2ª, f. j. 4º, BOE 21 diciembre) así sucede con aquellos derechos fundamentales <que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano> o dicho de otro modo, <aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme el artículo 10.1 CE constituye fundamento del orden político español>”.

El legislador, como señala la STC 94/1998, “es libre dentro de los límites que la Constitución establece para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas”. Esta libertad que el Tribunal predica del legislador, se la excluye así mismo, ya que, “quien no puede dejarse llevar a este terreno es el TC [...]. Las preferencias ideológicas y políticas son legítimas para el legislador y, en cuanto, ciudadano, para el recurrente, pero no deben introducirse por ningún resquicio en nuestro razonamiento”<sup>225</sup>. En conclusión, el legislador goza de libertad ideológica para regular las leyes dentro de los límites constitucionales, libertad que le está vetada al Tribunal Constitucional.

Como se ha expuesto, el Tribunal reconoce la constitucionalidad de los derechos y libertades de los extranjeros en España, poniendo en evidencia teórica y práctica las interpretaciones que tachaban esta disposición de desconstitucionalizadora de los derechos de los extranjeros<sup>226</sup>.

Frente a la decisión del Tribunal, el voto particular de la minoría entiende que la interpretación de la mayoría conduce a vaciar de contenido el art. 13 CE. Sostiene el voto particular que debe prestarse atención al tenor literal del precepto, que no se refiere a “derechos fundamentales” sino a “libertades públicas”. En consecuencia quedarían fuera de la remisión al legislador los derechos fundamentales inherentes a la persona<sup>227</sup>.

El nivel de protección que la Constitución proporciona a los derechos de la sección primera del capítulo segundo es múltiple. Por una parte, ha de ser ley orgánica la que regule las limitaciones de los derechos en ella contenidos.

---

<sup>225</sup> Álvarez Conde, E. (s.f.). *El sistema constitucional español de derechos fundamentales*. Recuperado el 20 de Diciembre de 2013, de Universidad Rey Juan Carlos : <http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/1747/1/EI%20sistema%20constitucional%20espa%C3%B1ol%20de%20Derechos%20Fundamentales.pdf>. p. 127.

<sup>226</sup> Vidal Fueyo, M. d. (2002). *Constitución y extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

p. 40. Según Vidal Fueyo, Peces Barba, G, en Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1978-1981, monografías núm. 2, p. 41: opina que el art. 13.1 CE lleva a cabo una desconstitucionalización de los derechos fundamentales de los extranjeros.

<sup>227</sup> Jiménez de Parga y Cabrera, M. (n.d.). *La inmigración en la jurisdicción del Tribunal Constitucional Español*. Retrieved Diciembre 30, 2013, from Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/10aniversari/E-ESPANA.pdf> p. 7.



Por otra, el contenido de esta ley puede ser sometido a recurso de inconstitucionalidad ante el TC<sup>228</sup>. Por último, se deberá observar: que los “derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero vinculan a todos los poderes públicos”; que sólo por ley “que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”; y que su tutela se hará “de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a”, esto es, del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con rango de ley. En consecuencia, toda norma de extranjería que contenga disposiciones contrarias a la Constitución podrá ser impugnada ante el TC.

Sobre la posibilidad que el art.13.1 CE reconoce al legislador para establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros, el TC dice que “para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales”, pues, el precepto ha sido reconocido directamente por la Constitución a los extranjeros y no lo puede configurar libremente el legislador<sup>229</sup>.

Teniendo el art. 13.1 CE una vocación constitucional inclusiva respecto a los derechos de los extranjeros, el art.13.2 CE, por el contrario, excluye a los extranjeros el ejercicio de los derechos del art. 23 CE, que están reservados a los ciudadanos, salvo lo que pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, si existen criterios de reciprocidad. Además, los extranjeros tienen derecho a no ser extraditados (art. 13.3 CE), atendiendo al principio de reciprocidad. Por último, los extranjeros podrán acogerse al derecho de asilo en España, según lo establezca la ley (art. 13.4 CE).

A pesar de las opiniones que señalan la desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros por el art. 13.1, la mayoría de la doctrina afirma que nuestra Constitución regula con notable amplitud los derechos de los

---

<sup>228</sup> Sánchez Agesta, L. (1994). *Sistema Político de la Constitución Española. Séptima Edición*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. p. 215.

<sup>229</sup> Álvarez Conde, E. (n.d.). *El sistema constitucional español de derechos fundamentales*. Retrieved Diciembre 20, 2013, from Universidad Rey Juan Carlos : <http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/1747/1/El%20sistema%20constitucional%20espa%C3%B1ol%20de%20Derechos%20Fundamentales.pdf>. p. 134.



extranjeros. El profesor Alzaga sostiene que nuestro texto constitucional establece una amplia y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros, y que no hay otro país que se nos pueda comparar por el elenco de derechos y libertades que se garantiza a los extranjeros<sup>230</sup>.

Hay que destacar, además, que el disfrute de los derechos por los extranjeros en España se ha caracterizado por tener una favorable evolución positiva y una constitucionalización progresiva, siendo constante la tendencia a la equiparación de derechos de los nacionales con los no nacionales<sup>231</sup>.

El Código Civil corrobora esta doctrina al disponer en su art. 27 que: “Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las Leyes especiales y en los tratados”.

Esta tendencia a equiparar en derechos a extranjeros y españoles viene desde antiguo, pues el principio de la legislación decimonónica española en materia de extranjería, en contra de lo que pudiera pensarse, fue el de equiparación<sup>232</sup>.

Señalamos para concluir, que la apertura del TC a reconocer los derechos de los extranjeros, en la STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2, el Tribunal afirma con rotundidad que la Constitución es “obra de los españoles”, pero “no sólo para los españoles”<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> Tajadura Tejada, J. (2002, Marzo 11). *Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español*. Retrieved Marzo 04, 2014, from <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2310/1/AD-8-48.pdf> p. 2.

<sup>231</sup> García Vázquez, S. y. (Noviembre de 2007). Un análisis en clave constitucional del Régimen Jurídico de los extranjeros en España: Especial referencia al derecho a la libertad de circulación y residencia. *AFDUDC*, 11, pp. 257-277. p. 259.

<sup>232</sup> Vidal Fueyo, M. d. C. (2002). *Constitución y extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 29.

<sup>233</sup> Jiménez de Parga y Cabrera, M. (n.d.). *La inmigración en la jurisdicción del Tribunal Constitucional Español*. Retrieved Diciembre 30, 2013, from Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/10aniversari/E-ESPANA.pdf> p. 6.

p. 6. “[E]s verdad, como afirma el representante del querellado, que nuestra Constitución «es obra de españoles», pero ya no lo es afirmar que es sólo «para españoles»”.

Scuto, F. (2006). *Universidad de Granada. REdCE*. Retrieved Enero 03, 2014, from Derechos de los inmigrantes en situación irregular: <http://www.urg.es/redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm> p. 7.

De modo semejante, la jurisprudencia de la Corte *Costituzionale* italiana ha recorrido sobre los derechos de los extranjeros una senda desde el principio que, en esencia, parece orientarse en favor del reconocimiento de derechos fundamentales de los que no son ciudadanos.

## B. La dignidad humana fundamento de los derechos

El art. 13 CE establece el estatuto constitucional de los extranjeros, no obstante, la amplia mayoría de la doctrina considera que este estatuto debe completarse a la luz del art. 10.1 CE, ya que contribuye a la comprensión del catálogo de derechos del Título I que encabeza<sup>234</sup>.

Hay que tener en cuenta el carácter relevante que en la configuración de los derechos y deberes fundamentales de la persona tiene el art. 10.1 CE, ubicado en el umbral de la declaración de derechos del Título I. El citado precepto proclama que el fundamento del orden político y de la paz social está basado en “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. La dignidad de la persona tiene carácter preferente en la Constitución porque asigna los derechos sin tener en cuenta la condición de su titular<sup>235</sup>.

El TC ha deducido de nuestra Constitución, especialmente a través del art. 10. 1 CE, los derechos que le corresponden a la persona por su dignidad que son, por tanto, comunes a los españoles y a los extranjeros por lo que estos merecen igual tratamiento<sup>236</sup>.

De la Constitución española y su interpretación por el TC, se puede elaborar un concepto de la dignidad de la persona humana: “valor de la persona humana, espiritual o moral y jurídico, que permanece invulnerable o inalterable, y se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”<sup>237</sup>.

El TC en su paradigmática sentencia 107/1984 articula la teoría de la división tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros en España,

---

<sup>234</sup> Ibídem. p. 5.

<sup>235</sup> Jiménez de Parga y Cabrera, M. (n.d.). *La inmigración en la jurisdicción del Tribunal Constitucional Español*. Retrieved Diciembre 30, 2013, from Tribunal Constitucional:

p. 2. “Esta norma recoge unos derechos inherentes a la persona en los que no cabe distinguir entre nacionales y extranjeros”.

<sup>236</sup> Ibídem. p. 5.

<sup>237</sup> Mora, J. E. (1997). La Dignidad de la Persona Humana en la Jurisprudencia Constitucional Española. *DADUN*, pp. 523-542. p. 525.

en función de la relación de estos derechos con la dignidad humana. Para el Tribunal, hay derechos fundamentales ligados a la dignidad de la persona que pertenecen por igual a españoles y extranjeros. Además hay otros, como los derechos políticos, que no pertenecen a los extranjeros porque solo corresponden a los ciudadanos. Y por último, hay un tercer grupo de derechos, que pertenecerán o no a los extranjeros según establezcan los tratados y las leyes.

El Tribunal reitera en sentencias posteriores, la consideración de la dignidad humana como fundamento de los derechos: “es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana- sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana, se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 CE como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes”. Para el Tribunal los artículos 10 y 15 CE están íntimamente relacionados y son el punto de partida de la existencia y consideración de los demás derechos:

“[L]a relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *príus* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos” (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3).

La dignidad humana, como sostiene el Tribunal, es valor espiritual y moral inherente a toda persona cualquiera que sea la situación en que se encuentre:

”[P]royectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona» (STC 53/1985, fundamento jurídico 8.º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre” [...] constituyendo, en consecuencia, un *minimun* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio

para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (STC 120/1990 de 27 de junio, FJ 4)<sup>238</sup>.

De los principios que conforman en art. 10.1 CE, los tres primeros “positivizan la libertad individual mientras que los dos últimos son, realmente, los límites de esa misma libertad”<sup>239</sup>.

La dignidad humana, además, es el origen y fundamento de los derechos humanos de la persona y del Estado democrático siendo el Estado el que tiene asignada la competencia de regular el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad (STC 194/1994, de 23 de junio de 1994, FJ 4):

“[E]n efecto, los derechos fundamentales, en cuanto proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), se erigen en los fundamentos del propio Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) que no pueden ser menoscabados en ningún punto del territorio nacional, asignándole al Estado la Constitución la función de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio (SSTC 37/1981 ó 76/1983, entre otras)”.

Por tanto, el constituyente colocó la dignidad de la persona como la fuente de todos los derechos, de forma que los derechos emanan de ella y son inherentes a la persona por su dignidad, ya se trate de españoles o extranjeros, que en ninguna situación - de legalidad o no - puede ser menoscabada. La dignidad humana es el parámetro para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales y para que sean adecuadamente interpretados por el TC, el legislador y todos los agentes del ordenamiento jurídico<sup>240</sup>.

La clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, ha recibido varias críticas. Para Roíg Molés, aunque la citada sentencia “completa así un primer cuadro de estatuto constitucional del extranjero” considera que son cuestiones abiertas: el criterio

---

<sup>238</sup> Álvarez Conde, E. (s.f.). *El sistema constitucional español de derechos fundamentales*. Recuperado el 20 de Diciembre de 2013, de Universidad Rey Juan Carlos : <http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/1747/1/EI%20sistema%20constitucional%20espa%C3%B1ol%20de%20Derechos%20Fundamentales.pdf> p. 125.

<sup>239</sup> Guerra, M. J. (2004). *Bioética: La Cuestión de la Dignidad*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. p. 82.

<sup>240</sup> Goig Martínez, J. M. (2009). Tratamiento constitucional, jurisprudencial y legislativo de los derechos y libertades de los inmigrantes en España. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 17- 2º semestre 2009, pp. 33-51. p. 35.

para distinguir entre las tres categorías de derechos establecidas y los derechos que a cada una de ellas corresponden; las eventuales limitaciones de la ley en la categoría de los derechos de los extranjeros que los diferencia en su ejercicio con los nacionales; la distinción entre los conceptos de ejercicio y titularidad de los derechos<sup>241</sup>.

Otra crítica sobre la clasificación tripartita de los derechos fundamentales proviene de García Roca, que prefiere analizar la viabilidad constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros según su contenido<sup>242</sup>.

González Beilfuss señala que la vinculación de los derechos a la dignidad humana “se ha afirmado sin una argumentación clara y ha parecido un *prius* a la decisión del Tribunal”. Otro problema es su fundamento y los criterios para determinar cuándo estamos ante un derecho inherente a la persona humana y que, en la mayoría de los casos, los criterios utilizados para considerar que un derecho pertenece al primer grupo prácticamente no se han explicitado<sup>243</sup>.

La STC 236/2007, de 7 de noviembre, reitera la jurisprudencia del Tribunal sobre la conocida como división tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros con independencia de su situación en España, y añade criterios para identificar el grado de conexión de los derechos con la dignidad humana, cuestión clave para que merezcan la categorización de fundamentales. El Tribunal reconoce las dificultades que presenta el criterio para determinar si un derecho concreto pertenece o no al segundo grupo, porque “todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana”. El Tribunal precisa que el procedimiento

---

<sup>241</sup> Roig Molés, E. (s.f.). *Derechos de los extranjeros. Titularidad y limitación*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2014, de Departamento de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona: <http://www.idpc.es/archivo/1212654037a3ERM.pdf>. p. 2.

<sup>242</sup> Hurtado Martínez, J. A. (2008). La sanción de expulsión sobre extranjeros en situación irregular y la filiación de menores. *Diario La Ley*, Nº 6904, Sección Doctrina, 14 Mar. 2008, Año XXIX, Ref. D-82, pp. 1-18. p. 2.

<sup>243</sup> González Beilfuss, M. (11 de Enero de 2010). *El Papel de la Jurisprudencia Constitucional en el Desarrollo del Derecho Público de la Inmigración*. Recuperado el 25 de Febrero de 2014, de Revista catalana de dret públic. Nº 40.2010. p. 5.



para identificar ese grado de conexión “debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza”<sup>244</sup>.

### **C. Protección de los derechos del menor en los convenios internacionales**

La referencia expresa en la Constitución a los derechos de la infancia es escasa, a pesar de la extensa tabla de derechos y libertades que consagra, excepto el derecho a la educación, lo que podría inducir a pensar que el menor es más bien objeto de protección<sup>245</sup>.

---

#### <sup>244</sup> **Primero: Derechos cuya titularidad se reserva en exclusiva a los españoles**

Existen en ese título I derechos cuya titularidad se reserva en exclusiva a los españoles (los reconocidos en el art. 23 CE, con la salvedad que contiene), prohibiendo la misma Constitución (art. 13.2 CE) que el legislador los extienda a los extranjeros.

#### **Segundo: Derechos que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional**

En función de la relación que tienen con la dignidad humana (art. 10.1. CE) el TC declara los *derechos de los extranjeros que les son atribuibles por su condición de persona*: “En cuanto a lo primero, nuestra jurisprudencia ha reiterado que existen derechos del título I que «corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles» (STC 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de ellos «en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]» (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). Estos derechos son los que «pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español» (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2. También nos hemos referido a ellos como *derechos «inherentes a la dignidad de la persona humana»* (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva”.

#### **Tercero: Derechos que la Constitución reconoce directamente a los extranjeros que pueden ser objeto de condicionamiento legal**

El legislador contemplado en el art. 13 CE se encuentra asimismo limitado al regular aquellos derechos que, según hemos declarado, “la Constitución reconoce directamente a los extranjeros” (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 2), refiriéndonos en concreto a los derechos de reunión y asociación.

Ello implica, de entrada, que el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer “condicionamientos adicionales” respecto a su ejercicio por parte de aquéllos, si bien “ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales”.

<sup>245</sup> Álvarez Vélez, M. I. (1994). *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. p. 137.



Se puede identificar la figura del menor en la Constitución aludida bajo otras denominaciones, incluso, de forma implícita como en el art. 20.4 CE, al establecer el límite de la libertad de creación, expresión, información y cátedra en "la protección de la juventud y de la infancia". También, en el art. 27.3 CE al ordenar a los poderes públicos que garanticen el derecho que tienen los padres a "que sus hijos reciban la formación religiosa y moral" acorde con sus propias convicciones. Otra mención es la exigencia a los poderes públicos para promover la "participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural", art. 48 CE<sup>246</sup>.

La Constitución establece en el art. 39 la protección a proporcionar a la familia y a la infancia<sup>247</sup>. Los menores extranjeros no acompañados están amparados por el ordenamiento jurídico español, en el que los menores disfrutan de una situación jurídica especial, sin tener en cuenta su condición de españoles y extranjeros. Tampoco les afecta su situación regular o irregular, ya que la normativa de extranjería no les exige la residencia legal en territorio nacional para tener derecho a las prestaciones sociales, ya se encuentren en situación de riesgo, desamparo o bajo tutela administrativa<sup>248</sup>.

Los menores inmigrantes no acompañados tienen la doble condición de extranjeros y de menores, por lo que su estatuto jurídico estará conformado por una parte, por los derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros. Por otra, por la remisión del art. 39.4 CE a los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, gozarán de la protección prevista en tales convenios. De los instrumentos internacionales que protegen a los menores destacamos la CDN que obliga a todos sus estados partes a que se comprometan a respetar los derechos proclamados por la Convención a todo menor bajo su jurisdicción, sin

---

<sup>246</sup> Vidal Casado, M. d. (2002). La evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud. *DS Vol. 11, Núm. 1*, pp. 219-230. p. 220.

<sup>247</sup> El art. 39 CE encomienda a los poderes públicos, asegurar la protección económica, social y jurídica de la familia (art. 39.1), la protección integral de todos los hijos, con independencia de su filiación (art. 39.2) y, a los padres, la asistencia de todo orden de los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, en su minoría de edad y siempre que legalmente proceda (art.39.3). El art. 39.4 además de la protección constitucional del menor de edad, la hace extensiva a la que le concedan los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

<sup>248</sup> Hurtado Martínez, J. A. (2008). La sanción de expulsión sobre extranjeros en situación irregular y la filiación de menores. *Diario La Ley, Nº 6904, Sección Doctrina, 14 Mar. 2008, Año XXIX, Ref. D-82*, pp. 1-18. p. 4.

hacer discriminación por el origen nacional, art. 2.1 CDN. Esta disposición equipara, en cuanto al disfrute de los derechos, a los menores nacionales y a los extranjeros<sup>249</sup>.

Otros instrumentos internacionales de protección del menor a los que remite el art. 39.4 CE son: en Europa, el CEDH, de 4 de noviembre de 1950 y la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961. En la Unión Europea destacamos la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000; y las disposiciones sobre protección de la infancia de las constituciones de los países miembros de la Unión<sup>250</sup>.

La idea que preside la protección de los derechos del menor inmigrante no acompañado es que goza de un estatuto internacional de protección, sin que se haga distinción de su nacionalidad ni de su carácter de regular o irregular, lo que prima siempre el interés superior del menor. El mismo concepto de civilización y el progreso moral y ético de la humanidad ha conducido a que la protección de los derechos de los menores, a pesar de las reticencias y reservas manifestadas o latentes en su tramitación por parte de países y grupos de países, ha propiciado que tenga ámbito universal, sin distinción en función de su nacionalidad, creencia, sexo o cualquier otra circunstancia<sup>251</sup>.

## **2. Protección de los derechos del menor en los tratados internacionales**

La protección constitucional de los derechos fundamentales y las libertades públicas en España de los mayores y los menores de edad, tiene un marcado carácter general e internacional, participando de la dinámica de su actualización continua y de la potencial universalidad de nuestro sistema, gracias a las remisiones que el constitucional español hace a los tratados y

---

<sup>249</sup> Cabedo Mallol, V. (09 de Abril de 2010). Los menores inmigrantes no acompañados y su régimen jurídico. *IV Simposio Internacional de Inmigración. Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia*. Valencia, Valencia, España: Fundación Ciudadanía y Valores. p. 1.

<sup>250</sup> VV.AA. (s.f.). *Dossier de los Derechos del Niño*. Recuperado el 26 de Febrero de 2014, de Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: <http://www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfvrsn=2> p. 4 y ss.

<sup>251</sup> García Pantoja, Félix y Nieto García, Luis Carlos. (2006). *Los derechos de los menores extranjeros*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. p. 11.

convenios celebrados por España sobre la protección de derechos<sup>252</sup>. En el caso concreto de los MENAS, su régimen jurídico en España deberá tener en cuenta su doble condición de extranjeros y de menores, a lo que habrá que añadir las particularidades que comporta su situación de no acompañado<sup>253</sup>.

Para Castro Cid, las declaraciones de derechos tienen doble significación ya que no son simples ratificaciones del reconocimiento de exigencias y principios que emanan del hombre por su naturaleza sino, más bien, sectores singulares de los ordenamientos jurídicos positivos, institucionalizados por el Estado de Derecho, para garantizar el ejercicio de las facultades de los individuos y las relaciones jurídicas de la sociedad<sup>254</sup>.

El sistema español de protección de derechos se articula en los sistemas de protección internacionales mediante las remisiones que el constitucional español hace a los tratados y convenios internacionales que protegen los derechos por los arts. 96.1; 39.4; 10.2 y 93 CE. Esta remisión, sin embargo, no significa que los derechos reconocidos en los tratados y convenios sean, por este hecho, derechos constitucionales pues corresponde al TC precisar su contenido a la luz de los tratados internacionales ratificados por España:

“[L]os problemas de articulación entre regímenes de garantía son característicos de nuestro sistema de derechos fundamentales, correspondiendo a este Tribunal Constitucional la función de precisar el concreto contenido de los derechos y libertades asegurados por el poder público español a partir de la concurrencia, en su definición, de normas

---

<sup>252</sup> Bartolomé Cenzano, J. C. (2013, Marzo 27). *Universidad Politécnica de Valencia. Revista de infancia y adolescencia*. Retrieved Diciembre 9, 2013, from La poliédrica y heterogénea protección internacional de los menores: <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2013.1462>. p. 5.

<sup>253</sup> Sánchez González, M<sup>a</sup> Paz y otros. (2005). *Algunas consideraciones sobre la situación jurídica de los menores inmigrantes en España en Régimen Jurídico de los Extranjeros en España*. Cádiz: Aula Universitaria del Estrecho. Universidad de Cádiz. p. 95.

<sup>254</sup> Castro Cid, B. d. (1982). *El reconocimiento de los derechos humanos*. Madrid : Dykinson.

p. 27: “Las declaraciones de derechos no son ya simples, aunque especialmente solemnes, ratificaciones del reconocimiento de una exigencias o principios directivos emanados de la naturaleza del hombre; son, más bien, unos sectores particularmente destacados de los ordenamientos jurídico positivos, unos conjuntos de normas institucionalizadas por el Estado de Derecho para garantizar el ejercicio de de una serie de facultades importantes para la vida de los sujetos jurídicos particulares y para el desarrollo del sistema de relaciones jurídicas características de este tipo de Estado”.

internacionales y normas estrictamente internas, dotadas las primeras de instancias propias de protección y, por tanto, de definición autorizada de su contenido y alcance” (DTC 1/2004, FJ 6).

Procedemos al análisis de las mencionadas remisiones que son diversas en cuanto a su contenido y significado.

#### **A. La remisión de la Constitución a los tratados internacionales**

Comenzamos en el análisis de las remisiones por la del art. 96.1 CE, que integra en el ordenamiento interno “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España”. tratados que, entre otros, cumplen estas condiciones son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el sistema de Naciones Unidas. Y, en el sistema europeo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>255</sup>.

Hacemos una breve referencia a la DUDH, pues el CEDH ha sido objeto de análisis *ut supra*.

El TC reconoce a la DUDH y a los tratados sobre derechos humanos ratificados por España, como decisión constitucional básica que, por tanto, han de informar todo el ordenamiento jurídico español:

“[E]n este sentido [...] no cabe desconocer que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de carácter universal que subyacen en la declaración Universal de Derechos Humanos y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, y que asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento” (STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 3).

La DUDH se basa en los principios de dignidad e igualdad inherente a todos los seres humanos, que proclama al afirmar que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, art. 1 DUDH, y que les son inherentes todos los derechos y libertades que la Declaración contiene, art.

---

<sup>255</sup> V.AA. (s.f.). *Dossier de los Derechos del Niño*. Recuperado el 26 de Febrero de 2014, de Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: <http://www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfvrsn=2>. pp. 4 y ss.

2 DUDH. No siempre se ha reconocido de esta manera la dignidad de la persona humana ni este reconocimiento ha tenido carácter universal<sup>256</sup>.

Por otra parte, el criterio hermenéutico de la DUDH está reconocido en la jurisprudencia del nuestro TC en su sentencia 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7, en el que señala su especial relevancia en la determinación del contenido de los derechos fundamentales:

“[E]special relevancia reviste, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a las que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales”.

La intención del constituyente, continúa el Tribunal, fue la de incorporarnos al sistema jurídico internacional de protección de derechos, que basa la organización del Estado en el respeto de los derechos fundamentales:

“Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado”.

El TC y los órganos de la jurisdicción ordinaria que, en virtud de lo dispuesto en el art. 96.1, deben aplicar el CEDH se han apoyado en el art. 10.2 para tener en cuenta la constante jurisprudencia del TEDH<sup>257</sup>.

## **B. La protección del menor en los convenios internacionales**

A diferencia de las remisiones citadas que tienen carácter general, la del art. 39.4 está dirigida en concreto al menor de edad, por la que se le reconoce la protección de los tratados internacionales que velan por sus derechos. De

---

<sup>256</sup> Papa Francisco. (2013). *Carta Encíclica Lumen Fidei sobre la fe*. Madrid: Palabra.

p. 78. En el siglo II, el pagano Celso reprochaba a los cristianos lo que le parecía una ilusión y un engaño: pensar que Dios hubiera creado el mundo para el hombre, poniéndole en la cima de todo el cosmos.

<sup>257</sup> Pastor Ridruejo, José Antonio y Rodríguez Iglesias, Gil Carlos. (2004, Octubre 24). *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE)*. Retrieved Noviembre 25, 2013, from Fragmentación o consolidación de la protección de los Derechos fundamentales: el papel de los tribunales europeos: <http://www.fride.org/download/FRIDE-28.pdf> p. 3.

los instrumentos internacionales de esta naturaleza es primordial la CDN, pues representa el referente universal de toda medida que se adopte en relación a los niños y, en cuanto tratado internacional, son los estados partes sus principales destinatarios<sup>258</sup>.

Para el Tribunal Constitucional, el mandato constitucional del art. 39.4 otorga dimensión constitucional a la CDN:

“[E]sta finalidad protectora, cuyo contenido analizaremos más adelante, no es sino la manifestación en el caso que nos ocupa del mandato contenido en el art. 39.4 CE, donde se proclama que los niños, o sea, los menores de catorce años si se ve desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, gozarán de la protección prevista en los Acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En tal sentido adquiere una dimensión constitucional la CDN [...] cuyo art. 19 recomienda que los Estados adopten "todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio,...descuido o trato negligente" (STC 55/1994, de 24 de febrero, FJ 2).

El carácter de principio rector del art. 39.4 CE, determinado por su posición en la Constitución, impone al Estado la obligación de adoptar una actitud proactiva para ser parte en los convenios internacionales que protegen al menor. Queda por determinar si la eficacia normativa de tales convenios queda equiparada a la de sus equivalentes tratados. La invocación del TC en su jurisprudencia al art. 39.4 CE, como mandato a los poderes públicos para proteger a la infancia, parece indicar que se adhiere a esta tesis<sup>259</sup>.

Los Protocolos facultativos de la CDN: el Protocolo referente a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, y el Protocolo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, que entraron en vigor al año 2002, han permitido, al primero de ellos reforzar la

---

<sup>258</sup> Carmona Luque, R. (5 de Marzo de 2012). "Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados Partes: el enfoque en derechos en las políticas de infancia en España". *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2, pp. 69-88. p. 71.

<sup>259</sup> Alonso Sanz, L. (2009). *El Derecho de Asilo de Menores No Acompañados: Una Propuesta de Regulación Más Segura*. UNED. Revista de Derecho Político Nº 74, pp. 215-260.

p. 225. En opinión de Alonso: "La ubicación constitucional (del art. 39.4 CE) da cuenta de su naturaleza de principio rector. Como tal, la primera de sus funciones es imponer una obligación de hacer, un *pactum de contrahendo*, que obliga al Estado a ser parte en todos los convenios protectores de la infancia», vigentes y futuros".



Convención, y al segundo colmar las lagunas existentes en el texto de la misma, convirtiéndose en instrumentos eficaces en manos del Comité de los Derechos del Niño para identificar y erradicar conductas especialmente graves para el menor y su supervivencia<sup>260</sup>.

### **C. Los tratados internacionales en la interpretación de los derechos**

El art. 10.2 CE otorga criterio hermenéutico a la DUDH y a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España para interpretar los derechos que la Constitución reconoce.

En opinión de Caicedo Camacho, el art. 10.2 CE “incorpora una vía de entrada a las normas internacionales, siendo estas en el mismo sentido que el texto constitucional un límite a la actuación del legislador”<sup>261</sup>. El TC precisa, de forma negativa, el significado de la interpretación aludida por el art. 10.2 CE y señala que “no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, pues, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastaría con la remisión a las declaraciones internacionales de derechos humanos (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5).

Y de forma positiva, el TC se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el criterio hermenéutico de los instrumentos internacionales que velan por los derechos humanos:

“[E]s doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución [STC 292/2000, de 30,

---

<sup>260</sup> Carmona Luque, R. (2012, Marzo 5). *Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados Partes: el enfoque en derechos en las políticas de infancia en España*. Retrieved Abril 3, 2014, from *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2, 2012, pp. 69-88: [www.unav.edu/.../b/uploads/31789\\_Carmona\\_E2012\\_Obligaciones.pdf](http://www.unav.edu/.../b/uploads/31789_Carmona_E2012_Obligaciones.pdf). p. 533.

<sup>261</sup> Caicedo Camacho, N. (2010). *Panorámica jurídica del fenómeno migratorio en España*. Recuperado el 29 de Enero de 2015, de Sant'Anna School of Advanced Studies. Department of Law: [http://www.stals.sssup.it/files/stals\\_Camacho\\_032010.pdf](http://www.stals.sssup.it/files/stals_Camacho_032010.pdf). p. 14.

FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)]” (DTC 1/2004, FJ 6).

La DUDH ha sido calificada como “un jalón normativo en el proceso de elaboración por etapas del derecho internacional”. Ha sido citada por los instrumentos internacionales posteriores a ella que especifican las obligaciones internacionales de los estados. Figura como referencia en los documentos finales de conferencias internacionales importantes<sup>262</sup>. Nuestra Constitución la cita en primer lugar al otorgarle valor interpretativo de los derechos y libertades que reconoce (art. 10.2 CE).

En el ámbito europeo, la jurisprudencia constante del TC ha reconocido el valor del CEDH para determinar el contenido de los derechos fundamentales y al TEDH para concretar su contenido mínimo:

“[P]or eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 78/1982, de 20 de diciembre y 38/1985 de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo [...], dado que su cumplimiento está sometido al control del TEDH, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo, 114/1984, de 29 de noviembre, 245/1991, de 16 de diciembre, 85/1994, de 14 de marzo y 49/1999, de 5 de abril)”.

Los derechos que los convenios o tratados internacionales reconocen no son por sí mismos derechos constitucionales, aunque sí tengan valor interpretativo de los derechos consagrados en la Constitución. El TC así lo

---

<sup>262</sup> Oraá Oraá, J. y. (2009). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Bilbao: Deusto Publicaciones.

p.130. En la Proclamación de Teherán, 13 de mayo de 1968, los estados declaran obligatoria la Declaración para la comunidad internacional.

En el Acta Final de Helsinki, 1975, consagran en el capítulo VII el respeto de los derechos y libertades fundamentales.

En la Declaración Final de Viena, 1993, los ciento setenta y uno estados participantes “reafirman su adhesión a los propósitos y principios en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal”.

declara en su STC 120/1990 de 27 de junio, FJ 3, pues: “[n]o le corresponde a este Tribunal, al conocer en recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales que obliguen a España” sino “comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC)” que es diferente de que “por mandato del art. 10.2 CE deban tales preceptos ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

El TC reconoce criterio hermenéutico a los tratados internacionales sobre derechos para interpretar los derechos constitucionales en la sentencia 36/1991 de 14 de febrero, FJ 5, al declarar que el art. 10.2 de la CE:

“[N]o da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo de nuestra Constitución”.

De todo lo expuesto sobre el valor del art. 10.2 CE se puede concluir que no es una vía de apertura del catálogo de derechos de la Constitución<sup>263</sup>.

#### **D. La protección de los derechos del menor en el sistema multinivel**

La disposición del art. 93 CE, autoriza mediante ley orgánica a “la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, como es el caso de la Unión Europea. Este precepto es diverso a la del art. 96.1 CE, que integra en nuestro ordenamiento, tras su publicación oficial, los tratados internacionales válidamente celebrados por España. El TC fundamenta la incorporación de España a la UE en el art. 93 CE:

---

<sup>263</sup> Cotino Hueso, L. (s.f.). Aproximación a los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. *Cuadernos Electrónicos Nº 4. Derechos Humanos y Democracia*, pp. 1-31. p. 3.

“[D]el art. 93 CE, «fundamento último» de nuestra incorporación al proceso de integración europea y de nuestra vinculación al Derecho comunitario, hemos dicho que se trata de un precepto «de índole orgánico procedimental» (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4, y DTC 1/1992, FJ 4) en cuya virtud es posible la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones o instituciones internacionales” (DTC 1/2004, FJ 2).

La remisión de los arts. 39.4, 10.2 y 96.1 CE a los textos internacionales sobre derechos de menores obliga a considerarlos como “referente constitucional de su protección en España”<sup>264</sup>.

Los artículos citados, juntamente con el art. 93 CE, conforman un sistema multinivel de protección de derechos, en el que carece de sentido cuestionar como se va a conciliar la existencia de varios sistemas de protección. Ya hemos señalado anteriormente, que la actuación de los tribunales jurisdiccionales de cada uno de estos sistemas de protección de derechos se desarrolla de forma armoniosa sin que se produzcan interferencias entre ellos.

En opinión de Saiz, no tiene sentido ni práctico ni jurídico indagar cómo se va a conciliar “la existencia de dos sistemas jurídicos de protección de derechos fundamentales”. El Tribunal disipa la posible incertidumbre acerca de la integración de los sistemas de la UE y el español en la DTC 1/2004 de 13 de diciembre al señalar que: “El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950”<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> Elías Méndez, C. (2002). *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*. Valencia: Universitat de Valencia. p. 94

<sup>265</sup> Álvarez Ossorio-Micheo, F. (2006). *Los derechos fundamentales*. En Cruz Villalón, P. *Hacia la europeización de la Constitución española* (pp. 75-108). Bilbao: Fundación BBVA.

p.100. *Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004*. FJ 6. Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución «constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce», de suerte que habrán de tomarse en consideración «para corroborar el sentido y alcance del específico

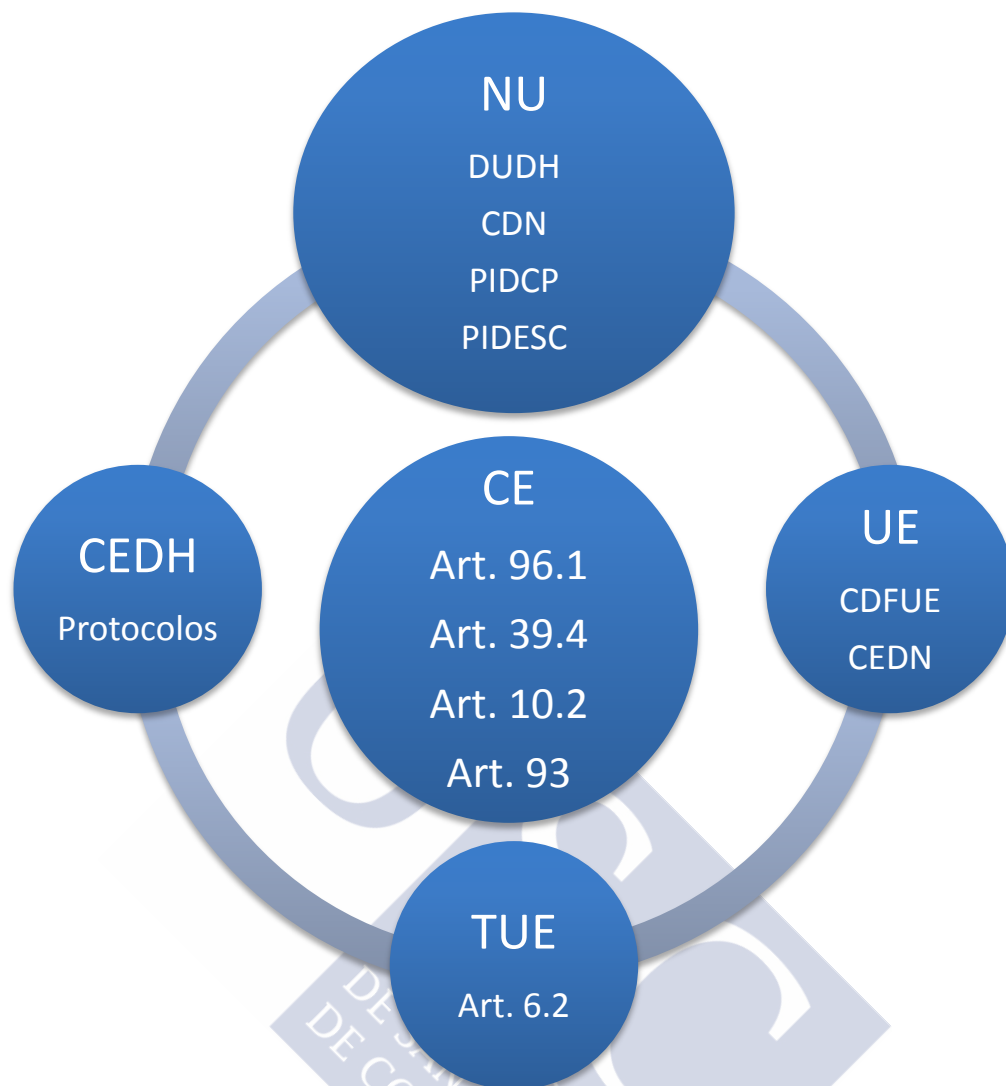
No obstante, García Guerrero, tras analizar la aplicación que tiene cada una de las tres declaraciones de derechos de que disfrutaban los españoles, la CDFUE, el CEDH y la CE, interpreta la misma Declaración del Tribunal en un sentido contrario: “Nuestro Tribunal Constitucional, en su ya citada Declaración, ha señalado que la articulación del ordenamiento nacional con el de la Unión presentará problemas como ya sucede con la articulación con el Convenio de Roma”<sup>266</sup>.

---

derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución» [STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)]. **El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950**, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las «explicaciones» que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9.2 determina en términos imperativos que «la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

<sup>266</sup> García Guerrero, J. L. (2011). Implicaciones Constitucionales de la Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista de DIREITO MACKENZIE*, pp. 175-190.

p.188. “La Carta de la Unión se limita únicamente a la aplicación del derecho europeo por organizaciones, órganos e instituciones internas o cuando las autoridades de un estado miembro aplican el derecho de la Unión (Art. 51 CDFUE). Cuando los derechos de la Unión sean coincidentes con los del Convenio de Roma su contenido vendrá determinado por éste, sin perjuicio que la Unión incremente su protección. Los derechos de la Unión serán interpretados de conformidad con lo establecido por el Tribunal de Estrasburgo, que es exactamente lo que sucede con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española por obra del artículo 10.2, lo que, indudablemente, facilita la integración de los tres sistemas. Los derechos de la Unión son un mínimo respecto a los ordenamientos nacionales, al igual que sucede con los contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los derechos de la Unión se interpretan de conformidad con las tradiciones constitucionales europeas en la medida en que haya derechos coincidentes. **Nuestro Tribunal Constitucional, en su ya citada Declaración, ha señalado que la articulación del ordenamiento nacional con el de la Unión presentará problemas como ya sucede con la articulación con el Convenio de Roma**”.



**Cuadro 1. Integración del sistema constitucional español de protección de derechos en los sistemas de protección de derechos de las Naciones Unidas y en el de Europa, y la adhesión de la CDFUE al CEDH mediante el art. 6.2 del TUE.**



## **NORMATIVA DE DERECHOS HUMANOS**

### **SISTEMA DE NACIONES UNIDAS**

**Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)**

**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)**

**Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)**

### **SISTEMA EUROPEO**

**Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos  
y de las Libertades Fundamentales (CEDH)**

**Carta Social Europea (CSE)**

**Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)**

**Cuadro 2. Normativa de Derechos Humanos en el sistema de las Naciones Unidas y en el sistema europeo**

### 3. La jurisprudencia del TC en la protección de los derechos del MENA

El TC, máximo intérprete de la Constitución, ha desarrollado una completa y extensa doctrina sobre los derechos fundamentales y libertades de los extranjeros y además ha contribuido de forma eficaz a configurar su régimen jurídico colmando las lagunas existentes en nuestro texto constitucional, extendiendo a los extranjeros los derechos fundamentales de los nacionales y proporcionándoles seguridad jurídica y protección acorde con los patrones internacionales<sup>267</sup>.

La doctrina del Tribunal en las SSTC 107/1984, 115/1987 y siguientes sobre los derechos de los extranjeros, permiten deducir las siguientes conclusiones:

Primera. Constitucionalidad de los derechos de los extranjeros en la CE

Segunda. El principio de igualdad de ejercicio de derechos

Tercera. El valor del art. 10.2 CE para determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales

Cuarta. División tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros

Desarrollamos, brevemente, cada una de estas conclusiones.

Primera. La constitucionalidad de los derechos de los extranjeros.

La disposición del art. 13.1 CE no implica una desconstitucionalización del régimen jurídico de los extranjeros por la remisión que hace al legislador a

---

<sup>267</sup> Goig Martínez, J. M. (Diciembre de 2013). *La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional*. Recuperado el 06 de Marzo de 2014, de Revista de Derecho UNED, núm. 12: <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:RDUNED-2013-12-6035&dsID=Documento.pdf>.

p. 258: “La fuerza vinculante de la doctrina del TC se deriva de un conjunto de preceptos incluidos, tanto dentro de la propia Constitución, como en la LO de su desarrollo. El art. 164.1 CE establece el valor y eficacia general «*erga omnes*» de todas las sentencias de inconstitucionalidad. El artículo 38,1 de la LOTC declara que las sentencias del TC «vincularán a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos». El artículo 40.2 LOTC atribuye a la jurisprudencia constitucional un valor corrector de la jurisprudencia ordinaria, al disponer que «en todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de Justicia recaída en leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el TC, habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad»”.

los tratados que pueden modular los términos de las libertades públicas del Título I<sup>268</sup>.

El TC considera que todos los derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros son constitucionales y dotados de protección constitucional<sup>269</sup>:

“No supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades «que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley»” (STC107/1984, 23 de noviembre, FJ 3).

Por lo tanto, todos los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son derechos constitucionales dotados de protección constitucional dentro de su específica regulación y, en cuanto a su contenido, son todos de configuración legal<sup>270</sup>.

Del art. 13.1 CE se deduce que los extranjeros no solo son titulares de los derechos y libertades reconocidos a los españoles, sino que las condiciones de su ejercicio se remiten a los tratados y la Ley. El problema que dicho precepto plantea se reduce a determinar cuál es el alcance de la remisión,

---

<sup>268</sup> “La interpretación del art. 13.1 CE como una habilitación al legislador y la admisión de la desconstitucionalización de tales derechos fue la reacción doctrinal más común recién aprobada la Constitución; y así lo demuestra, por ejemplo, que Peces Barba, G [...] y otros apostaran por esta lectura”. Ruiz Legazpi, A. (2011). *La expulsión de menores extranjeros. Límites constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 43

<sup>269</sup> En opinión de Roig Molés: “La comprensión inicial del art. 13 CE, ilustrada en las alegaciones del Abogado del Estado en la STC 107/1984, se resumía en una remisión en todo del estatuto de los extranjeros a la Ley, concepción que pervive en algunas afirmaciones de la propia Sentencia, ya sin embargo muy matizadas, como las que tajantemente afirman que los derechos de los extranjeros “son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal” (FJ 3)”. Roig Molés, E. (s.f.). *Derechos de los extranjeros. Titularidad y limitación*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2014, de Departamento de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona: <http://www.idpc.es/archivo/1212654037a3ERM.pdf>. p. 1.

<sup>270</sup> Balaguer Callejón, F. (s.f.). *El Contenido Esencial de los Derechos Constitucionales y el Régimen Jurídico de la Inmigración. Un Comentario a la STC 236/2007 de 7 de Noviembre*. Recuperado el 01 de Febrero de 2015, de Universidad de Granada: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/15FranciscoBalaguerCallejon.htm>. p. 1.

dicho de otro modo, establecer los límites que el legislador orgánico ha de respetar<sup>271</sup>.

A este respecto, sobre la controvertida libertad que otorga el art. 13.1 CE al legislador orgánico, el Tribunal señala que esta disposición no le permite regular la titularidad y el ejercicio de los diversos derechos del Título I, pues, tal libertad depende del derecho en cuestión, como así lo declara en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 1: “En efecto, el legislador al que remite el art. 13.1 CE no goza de igual libertad para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del título I, pues aquélla depende del concreto derecho afectado.” Conforme a la sistemática jurisprudencia del Tribunal (SSTC 107/1984, 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2) no deja en manos del legislador “la potestad de decidir qué derechos del título I les pueden corresponder y cuáles no”.

Segunda. El principio de igualdad de los derechos

El TC señala que el principio de igualdad ante la Ley proclamado en el art. 14 CE en el sentido de igualdad de derechos, corresponde solamente a los españoles y que, además, hay que valorar otros preceptos constitucionales para determinar la posición jurídica de los extranjeros: “[C]uando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a «los españoles». Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, «son iguales ante la Ley», y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros”, no obstante, “no es únicamente el art. 14 de la CE el que debe ser contemplado sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España” (STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984, FJ 3).

El TC, en la sentencia 99/1985, matiza que la distinción entre nacional y extranjero no opera en la configuración legal de los derechos cuando son

---

<sup>271</sup> Tajadura Tejada, J. (11 de Marzo de 2002). *Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español*. Recuperado el 04 de Marzo de 2014, de <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2310/1/AD-8-48.pdf>. p. 877.

imprescindibles para la dignidad humana<sup>272</sup>. “Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros”. Estos derechos son los que “son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español”, entre ellos, “el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles” (STC 107/1984 de 23 de noviembre, FJ 3)<sup>273</sup>.

El auto del TC 435/1990, de 17 de diciembre, señala que “la igualdad o desigualdad en el ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre Voluntad del Tratado o la Ley”, lo que confirma su jurisprudencia establecida en la STC 107/1984, FJ 4, cuando señaló que: “Constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros [...] y los españoles en materia de acceso al trabajo [...]. La desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles,

---

<sup>272</sup> Goig Martínez, J. M. (2009). *Tratamiento constitucional, jurisprudencial y legislativo de los derechos y libertades de los inmigrantes en España*. Recuperado el 06 de Marzo de 2014, de Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 17- 2º semestre 2009: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:REDUE-2009-17-2020&dsID=Documento.pdf>

p. 40: El TC ha reconocido en su doctrina que existe una primera categoría de derechos que pertenecen, en condiciones de igualdad, a los españoles y extranjeros y respecto de los cuales no cabe diferencia de trato, “utilizando como criterio específico su especial vinculación con la dignidad de la persona”, por considerar que se trata de derechos imprescindibles para garantizar dicha dignidad que es, por disposición constitucional, el fundamento del orden político y de la paz social. En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva, y así, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, ha extendido este criterio a los derechos de reunión, manifestación y asociación.

<sup>273</sup> Hurtado Martínez, J. A. (2008). La sanción de expulsión sobre extranjeros en situación irregular y la filiación de menores. *Diario La Ley*, Nº 6904, Sección Doctrina, 14 Mar. 2008, Año XXIX, Ref. D-82, pp. 1-18. p. 3.

sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato”<sup>274</sup>.

No obstante, el Tribunal considera posible que el legislador introduzca el parámetro de la nacionalidad para establecer la igualdad de derechos, en cada caso concreto, entre españoles y extranjeros: “Puede también, sin embargo, introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida”, queda por tanto excluida “la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato relevante” (STC 107/1984 de 23 de noviembre, FJ 3).

El régimen jurídico de los extranjeros en España queda establecido en los arts. 13 y 14 CE y en otros preceptos, como el art. 10.1 CE, de forma suficientemente amplia y garantista<sup>275</sup>. No obstante, el Consejo de Europa, a través de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, recomienda a España la modificación del art. 14 CE de manera que se garantice “la igualdad de todos los individuos sujetos a su jurisdicción y no sólo a los españoles”, pues como continúa el informe “del art. 14 CE y del art. 13 CE no se desprenden suficientes elementos de garantía para la protección de los derechos de los extranjeros que se encuentran en España”<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> Matía Portilla, F. J. (2012). *Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros al Servicio de la Integración de los Inmigrantes*. En F. J. Matía Portilla, *Crisis e Inmigración. Reflexiones Interdisciplinares sobre la Inmigración en España* (pp. 273-283). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 273

<sup>275</sup> Tajadura Tejada, J. (11 de Marzo de 2002). *Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español*. Recuperado el 04 de Marzo de 2014, de <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2310/1/AD-8-48.pdf>

p. 876. La doctrina ha subrayado que nuestra Constitución de 1978 contempla con una muy notable amplitud los derechos de los extranjeros. Así por ejemplo, el profesor Alzaga, que a su condición de Catedrático une la de haber formado parte de las Cortes Constituyentes, señala que nuestro Texto Fundamental ha construido una amplia, generosa y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros, llegando a afirmar que en ningún país del mundo un extranjero dispone de un elenco de derechos y libertades garantizado más amplio que en España”

<sup>276</sup> Vidal Fueyo, M. d. (2002). *Constitución y extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 163.



Tercera. El valor del art. 10.2 CE para determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales

El art. 10.2 CE establece que la interpretación de los preceptos constitucionales sobre derechos humanos tendrá que hacerse, necesariamente, de conformidad con los principios de las normas internacionales que traten esta materia. Dichos principios son de obligado cumplimiento para España en virtud de los tratados correspondientes<sup>277</sup>.

El TC precisa el valor interpretativo del art. 10.2 al decir que, por sí mismo, no concede rango constitucional a los derechos internacionalmente proclamados en acuerdos y tratados si no tienen esta categorización en nuestra Constitución. Esto significa que para que un supuesto derecho pueda ser reconocido o vulnerado, tiene que tener su equivalente en la Constitución española<sup>278</sup>.

El TC señala que los tratados Internacionales en materia de derechos ratificados por España: “pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos y libertades, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos reconocidos en la Constitución en virtud del artículo 10.2 CE”, [...] “de modo que, en la práctica, ese contenido se convierte, en cierto modo, en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia [...] nuestra Constitución, cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los de los derechos o libertades de la Constitución, enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados tratados o Convenios” (STC 24/1993, de 21 de enero)<sup>279</sup>.

Cuarta: División tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros

---

<sup>277</sup> Sagarra Trías, E. (2002). *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*. Barcelona: Publicaciones de la Universitat de Barcelona. p. 80.

<sup>278</sup> León Bastos, C. (2010). *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales*. Madrid: Editorial Reus, S.A.

<sup>279</sup> Goig Martínez, J. M. (2009). *Tratamiento constitucional, jurisprudencial y legislativo de los derechos y libertades de los inmigrantes en España*. Recuperado el 06 de Marzo de 2014, de Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 17- 2º semestre 2009: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:REDUE-2009-17-2020&dsID=Documento.pdf> p. 36.

El TC, partiendo de la cuestión sobre la igualdad de la titularidad de derechos entre españoles y extranjeros, construye una clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros<sup>280</sup>:

“[E]l problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio” (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4)<sup>281</sup>.

El criterio utilizado por el Tribunal para realizar la taxonomía de los derechos ha sido el grado de fundamentalidad de los derechos. Esta clasificación ha sido criticada por algunos sectores de la doctrina. Otros, no obstante, consideran que “sigue siendo básica para cualquier aproximación al estatuto jurídico de los extranjeros”<sup>282</sup>.

#### **4. El régimen jurídico del menor en la normativa infraconstitucional**

En la normativa infraconstitucional, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 (LOPJM) es la más representativa en la protección de los derechos del menor en España. Entroncada en la Constitución española,

---

<sup>280</sup> García Vázquez, S. y Goizueta Vértiz, J. (Noviembre de 2007). “Un análisis en clave constitucional del Régimen Jurídico de los extranjeros en España: Especial referencia al derecho a la libertad de circulación y residencia”. *AFDUDC*, 11, pp. 257-277.

p. 263. García Vázquez y Goizueta Vértiz, realizan una distribución de los derechos de los extranjeros, en cada uno de los tres grupos, como sigue: a) Derechos compartidos por españoles y extranjeros. Incluiría los derechos inviolables, que son inherentes a la persona por su dignidad. b) Derechos exclusivos de los españoles: son los derechos políticos del art. 23 CE. También se encontraría incluido en este grupo la excepción establecida por el art. 13.2 CE. c) Este grupo lo compondrían los derechos cuyos titulares son los extranjeros, art. 13.1 CE, en los términos de los tratados y la ley.

<sup>281</sup> Matía Portilla, F. J. (2012). *Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros al Servicio de la Integración de los Inmigrantes*. Valencia: Tirant lo Blanch.

p. 278. En Matía Portilla, F. J. et al. Crisis e Inmigración. Reflexiones Interdisciplinares sobre la Inmigración en España.

<sup>282</sup> Tajadura Tejada, J. (11 de Marzo de 2002). *Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español*. Recuperado el 04 de Marzo de 2014, de <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2310/1/AD-8-48.pdf> p. 879.

ordena a los Poderes Públicos la obligación que tienen de “asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores” (Principios rectores de la política social y económica). La preocupación de esta Ley por dotar al menor del marco jurídico adecuado trasciende, también, de diversos tratados internacionales ratificados por España sobre esta materia, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN)<sup>283</sup>.

Esta Ley presta especial atención a los derechos constitucionales de los menores y se los atribuye expresamente. Contiene también importantes provisiones referentes al derecho privado, como el acogimiento, la adopción, la tutela, la intervención del Ministerio Fiscal y otras<sup>284</sup>.

La Ley y sus disposiciones de desarrollo, son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que, en virtud de la Ley que les sea aplicable, hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad (art. 1 LOPJM)<sup>285</sup>. Incorpora los principios y criterios de la CDN que equiparan a los menores nacionales y a los extranjeros en el disfrute de los derechos por ella proclamados, y aborda “una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección reguladas en el Código Civil”.

Siendo el núcleo central de la Ley la modificación del Código Civil, su contenido trasciende los límites de este Código para construir un “amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los poderes públicos”, a las instituciones relacionadas con el menor, a los padres y familiares y al ciudadano en general.

El fundamento de esta Ley es el principio del interés superior del menor, que ha de presidir toda actuación a él referida, arts. 2 y 11.2 LOPJM. La

---

<sup>283</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 ratificada por España el 30 de noviembre de 1990; la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 1992.

<sup>284</sup> Pascual Medrano, A. (1996). Los Derechos Fundamentales y la Ley de Protección del Menor. *Universidad de Navarra*, pp. 249-264. p. 253.

<sup>285</sup> *Ibídem*.

p. 251: Esta disposición constituye una novedad, en el derecho histórico español y en el internacional y supone también la unificación de la plena capacidad de obrar, en todos los órdenes del derecho, a partir de los 18 años.

minoría de edad es la condición que determina la protección del menor y las medidas dirigidas a este objeto, le serán aplicables sin tener en cuenta la nacionalidad, art. 3 LOPJM, que correlaciona con el art. 2 CDN<sup>286</sup>.

El Capítulo II de la Ley establece los derechos del menor: al honor, a la intimidad y a la propia imagen, art. 4; a la información, art. 5; a la libertad religiosa, art. 6; a la participación, asociación y reunión, art. 7; a la libertad de expresión, art. 8; a ser oído, art. 9. Esta relación no constituye una lista cerrada pues el menor tiene reconocidos también todos los derechos constitucionales<sup>287</sup>.

Referente a los MENAS, el art. 9 de la Ley reconoce su derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado. Tal disposición reviste especial importancia por su repercusión en los procedimientos de repatriación o retorno del MENA, cuya omisión puede traducirse en graves daños para el menor por no considerar cuál es su interés sobre el asunto. También puede invalidar la decisión adoptada por el órgano que corresponda, en cuanto a su permanencia en España o su repatriación al país de origen. Más que ante un derecho, el art. 9 constituye un principio general que debe informar las relaciones del menor en el ámbito familiar y en el legal<sup>288</sup>.

El art. 10.3 de esta Ley establece las medidas administrativas para facilitar el ejercicio de los derechos y dispone los derechos específicos de los menores extranjeros que se encuentre en España y, en el apartado 4, ordena a la Administración pública competente que, una vez constituida la guarda o tutela, facilite al menor extranjero la documentación acreditativa de su situación conforme se determine reglamentariamente<sup>289</sup>.

---

<sup>286</sup> Sánchez Jiménez, M. Á. (2010). Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados. *Fundación Mariano Ruíz Funes*, pp. 119-143. p. 120.

<sup>287</sup> Cabedo Mallol, V. (09 de Abril de 2010). Los menores inmigrantes no acompañados y su régimen jurídico. *IV Simposio Internacional de Inmigración. Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia*. Valencia, Valencia, España: Fundación Ciudadanía y Valores. p. 3.

<sup>288</sup> Pascual Medrano, A. (1996). Los Derechos Fundamentales y la Ley de Protección del Menor. *Universidad de Navarra*, pp. 249-264. p. 258.

<sup>289</sup> Art. 10.3 LOPJM: Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación. Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los

La aclaración del art. 10.3 de la Ley: “aun cuando no residieran legalmente en España”, parece ser redundante, pues, como la misma Ley dispone, el menor es sujeto de los derechos que establece con independencia de su origen o situación en el territorio nacional<sup>290</sup>.

La LOPJM diferencia la actuación de la Administración en la situación de riesgo del menor, art. 17, y en la situación de desamparo, art. 18. Define el riesgo como la circunstancia de cualquier índole que perjudique el desarrollo personal o social del menor que no requiera la actuación del ministerio o la ley para asumir la tutela del menor. En cambio, en situación de desamparo, la entidad pública competente asumirá la tutela del menor, adoptará las oportunas medidas de protección y lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Es criticable la falta de precisión del legislador a la hora de definir qué debe entenderse por situación de desamparo. De los arts. 17 y 18 de la Ley, parece inferirse que la intención del legislador fue la de configurar dos situaciones de desprotección diferentes que comportan diverso grado de intervención por parte de la entidad pública. En el primero, la remoción de los obstáculos causantes del riesgo; en el segundo, asumir la protección del menor<sup>291</sup>.

---

menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España. Art. 10.4 LOPJM: Una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo la Administración pública competente facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación en los términos que reglamentariamente se determinen.

<sup>290</sup> Entre otros, Linacero de la Fuente, M.: *Protección jurídica del menor*, ed. Montecorvo, Madrid, 2.001, p. 50, citado por Noriega Rodríguez, L. (2009). Algunas reflexiones sobre la problemática de los menores extranjero no acompañados en territorio español. *Revista Jurídica Galega*, pp. 57-74. También Cabedo Mallol, obra citada p. 3.

<sup>291</sup> La Ley del Menor de Castilla-La Mancha define el concepto de riesgo con mayor precisión: Concepto de riesgo: Situaciones de riesgo son aquellas que, como consecuencia de circunstancias de carácter personal, familiar o de su entorno, perjudican el desarrollo personal o social del menor y en las que los padres, tutores o guardadores de los menores no asumen o puedan no asumir completamente sus responsabilidades para mitigarlas, sin que dichas situaciones requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley. Además, identifica cuales son las situaciones de riesgo:

- a) La negligencia en la atención física, psíquica o educativa al menor por parte de sus padres, tutores o guardadores
- b) La utilización del castigo físico o emocional que perjudique el desarrollo del menor
- c) Cualesquiera otras que deriven en una situación de riesgo, conforme al concepto expresado en la presente Ley



Además de la LOPJM, son aplicables a los MENAS en España, la normativa vigente para los extranjeros, LO 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOEX), que ha sido reiteradamente reformada por la LOEX 8/2000, la LOEX 1/2003, la LOEX 14/2003 y la LOEX 2/2009. También su reglamento de ejecución, RD 2393/2004, reformado por el RD 557/2011. En relación con la normativa de repatriación, se debe tomar en consideración la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2008/115/CE, referente a los procedimientos y normas comunes a los estados miembros de la UE para los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en el territorio de la Unión<sup>292</sup>.

Los problemas de interpretación de los arts. 13.1 y 10.2 de la CE han sido causa de tensión entre la Constitución y la Ley, que han conducido a la interposición de diversos recursos de inconstitucionalidad, en los se impugnaban los nuevos preceptos de la LO 8/2000 reguladores de los derechos de reunión y manifestación, art. 7; el derecho de asociación, art. 8; el derecho a la educación, art. 9.3; el derecho a la sindicación, art. 11.1; el derecho a la huelga, art. 11.2; el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 22.2 y otros preceptos de la Ley, por considerar que vulneran los arts. 17, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 27 y 29 de la CE en su interpretación por los correspondientes derechos en los tratados y convenios internacionales sobre esta materia ratificados por España<sup>293</sup>.

---

<sup>292</sup> Cabedo Mallol, V. (09 de Abril de 2010). Los menores inmigrantes no acompañados y su régimen jurídico. *IV Simposio Internacional de Inmigración. Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia*. Valencia, Valencia, España: Fundación Ciudadanía y Valores. p. 3

<sup>293</sup> Goig Martínez, J. M. (2009). *Tratamiento constitucional, jurisprudencial y legislativo de los derechos y libertades de los inmigrantes en España*. Retrieved Marzo 06, 2014, from Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 17- 2º semestre 2009: <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:REDUE-2009-17-2020&dsID=Documento.pdf>. p. 627.

También, Balaguer Callejón, F. (s.f.). *El Contenido Esencial de los Derechos Constitucionales y el Régimen Jurídico de la Inmigración. Un Comentario a la STC 236/2007 de 7 de Noviembre*. Recuperado el 01 de Febrero de 2015, de Universidad de Granada: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/15FranciscoBalaguerCallejon.htm>

p. 5. "La reforma operada por la LO 8/2000 supondrá un cierto retroceso en la regulación de la inmigración en España. En realidad, se aceptaron muchas enmiendas durante el proceso parlamentario que mejoraron el texto inicial y que suavizaron las iniciales pretensiones del Gobierno".



El TC resuelve la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados de la LO 8/2000 (STC 236/2007, de 7 de noviembre) que niegan el ejercicio de determinados derechos, no a todos los extranjeros, sino solo a aquellos que no dispongan de la condición de residentes en España y, además, procede a hacer una nueva interpretación de la potestad que tiene el legislador, conforme a lo establecido en el art. 13.1 CE, para regular el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros<sup>294</sup>.

La LO 8/2000 supone, para Izquierdo, un retroceso con respecto a la LO 4/2000, ya que, aunque la Ley postula la igualdad del reconocimiento de los derechos entre nacionales y extranjeros, “incide en el aspecto contrario al diferenciar el reconocimiento y garantía de los derechos sobre la base de la situación administrativa” que vincula, en buena medida, a la situación de residente y la obtención de trabajo<sup>295</sup>.

El Parlamento de Navarra basa su recurso de inconstitucionalidad de la LO 8/2000 en dos argumentos jurídicos. El primero se refiere a la libertad que el art. 13.1 CE concede al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas, que el título I garantiza a los extranjeros en España, y los límites que debe observar al establecer las diferencias respecto a los nacionales. El segundo sostiene la inconstitucionalidad de la mayoría de los preceptos impugnados por suponer una contradicción con los derechos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por España, según el art. 10.2 CE<sup>296</sup>.

El recurso de inconstitucionalidad afecta a las normas de la LO 8/2000 que limitan a los extranjeros en situación regular o irregular en España en el ejercicio de los derechos de “reunión, asociación, sindicación libre, educación

---

<sup>294</sup> Ibídem. Goig Martínez. p. 625.

<sup>295</sup> Izquierdo, A. (2008). *El modelo de inmigración y los riesgos de exclusión*. Madrid: Cáritas Española Editores. p. 89.

<sup>296</sup> Balaguer Callejón, F. (s.f.). *El Contenido Esencial de los Derechos Constitucionales y el Régimen Jurídico de la Inmigración. Un Comentario a la STC 236/2007 de 7 de Noviembre*. Recuperado el 01 de Febrero de 2015, de Universidad de Granada: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/15FranciscoBalaguerCallejon.htm>. p. 10.

En la STC 237/2007 el TC responde a las impugnaciones planteadas contra la LO 8/2000, en relación con el régimen jurídico de los extranjeros y otras cuestiones que fueron objeto de impugnación por el Parlamento de Navarra (FJ 10, 11, 12, 14, 15 y 16) en las que el Tribunal no aprecia motivos de inconstitucionalidad (en uno de los supuestos, con un pronunciamiento de carácter interpretativo en relación con el artículo 60.1 en el FJ 15)

no obligatoria y asistencia jurídica gratuita, por ser contrarias a la Constitución<sup>297</sup>.

El TC fundamenta su fallo en otros dos argumentos:

Primero, que nuestro ordenamiento no desconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros en España, pues, el art. 13.1 no pone en manos del legislador la regulación de los derechos de los extranjeros, sino solamente la modulación de su ejercicio conforme a los tratados internacionales y la ley.

Segundo, los tratados internacionales sirven para “configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en la el art. 10.2 CE” (SSTC 38/1983, de 23 de noviembre, FJ 4; 84/1989, de 10 de mayo, FJ 5), lo que “no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales [...]”

En consecuencia, el Tribunal declara la inconstitucionalidad, con los efectos que se indican en el FJ 17 (STC 107/1984), de los arts. 7.1; 8 y 11.1 (exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente) de la LO 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre y declara la inconstitucionalidad y nula la inclusión del término “residentes” en los arts. 9.3 y 22.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre.

La necesidad y oportunidad de la reforma de la LO 8/2000 obedece a diversas razones; entre ellas, la obligada incorporación a la Ley de la doctrina del TC sobre los derechos de los extranjeros (SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre)<sup>298</sup>; la adaptación al Derecho

---

<sup>297</sup> Álvarez Rodríguez, A. (22 de Enero de 2008). *Ocho Sentencias y un Auto del Tribunal Constitucional*. Recuperado el 03 de Febrero de 2015, de Universidad de León: [http://www3.unileon.es/ce/fde/archivos/docentes/aurelia\\_Álvarez\\_rodriuez.htm](http://www3.unileon.es/ce/fde/archivos/docentes/aurelia_Álvarez_rodriuez.htm). p. 10.

<sup>298</sup> Goig Martínez, J. M. (Diciembre de 2013). La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional. *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, pp. 257-292.

p. 258: El art. 164.1 CE establece el valor y eficacia general «*erga omnes*» de todas las sentencias de inconstitucionalidad. El art. 38,1 de la LOTC declara que las sentencias del TC «vincularán a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos».

comunitario de inmigración<sup>299</sup>; la necesidad de armonizar la Ley a los estatutos de la comunidades autónomas que se atribuían determinadas competencias sobre los derechos de los extranjeros<sup>300</sup> y las obligaciones dimanantes del CEDH sobre la lucha contra la trata de seres humanos<sup>301</sup>.

Los objetivos prioritarios que pretende la reforma de la LOEX de 2/2009 son: garantizar a todos los extranjeros el ejercicio de los derechos fundamentales; ordenar los flujos migratorios adaptándolos a la capacidad de acogida y a la necesidad del mercado de trabajo; incrementar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular y lograr la integración de los extranjeros<sup>302</sup>.

En la nueva redacción de la LO 4/2000 por la LO 2/2009, son de especial interés y aplicación para los MENAS las siguientes disposiciones: derecho y deber a la educación básica gratuita y obligatoria de los menores de dieciséis años, los menores de dieciocho tienen también derecho a la enseñanza posobligatoria, art. 9.1; derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros que se hallen en España en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, art. 22; y a la asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución o expulsión de España, art. 22.2; los acuerdos de colaboración del Estado con los países de origen para prevenir la inmigración irregular, art. 35.1; los acuerdos de las CCAA con los países de origen para la atención e integración de los MENAS en el entorno de su procedencia, art. 35.2; la actuación de las FCSE y agentes intervinientes en el proceso de acogida del menor hasta su integración o retorno, arts. 35. 3 a 35.12<sup>303</sup>.

---

<sup>299</sup> Cabe destacar el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado el 16 de octubre de 2008 por los 27 países miembros de la UE. En: LO 2/2009, de 11 de diciembre. p. 1.

<sup>300</sup> Moya, David y Aguelo Navarro, Pascual. (2011). *La Reforma de la Ley Orgánica de Extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 16.

<sup>301</sup> Convenio nº. 197 del Consejo de Europa en Varsovia, 16 de mayo, de 2006.

<sup>302</sup> Amerzúa, A. (2010, Marzo 12). *La reforma de la Ley de Extranjería realizada por la LO 2/2009*. Retrieved Abril 11, 2014, from Universidad de Granada: [www.ugr.es/~detrabajosocial/...jornadas\\_inmigracion...trabajo\\_social/mo.](http://www.ugr.es/~detrabajosocial/...jornadas_inmigracion...trabajo_social/mo.) p. 2.

<sup>303</sup> La redacción del art. 9.3 LOEX 2/2009 es la siguiente:

“Artículo 9. *Derecho a la educación*.

1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los



---

extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria.

Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles.

En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización”.

## SEGUNDA PARTE. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

### I. LA EMIGRACIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS

#### 1. Perfil de los menores emigrantes

La emigración de adultos es un hecho histórico enmarcado en la tradición de las migraciones internacionales, sin embargo, el fenómeno de la emigración de menores no acompañados es reciente, sus primeras manifestaciones apreciables se hacen notar en la década de los años noventa del siglo XX. No es simple casualidad la coincidencia de la aparición de la migración de los MENAS con la entrada en vigor de la CDN. La garantía de protección que ofrece la Convención a los menores inmigrantes en situación irregular, los coloca en cuanto a derechos, en una posición jurídica disímil de los adultos inmigrantes. La percepción y posterior verificación de que el menor va a ser ante todo protegido, constituye un acicate que contribuye a decidir a las familias y a los menores a embarcarse en el reto de la emigración, para alcanzar el sueño de un futuro mejor. Tampoco hay que olvidar el impacto económico y demográfico de la emigración, concretamente en Marruecos<sup>304</sup>.

Los menores extranjeros no acompañados han supuesto una nueva generación de inmigración hacia Europa, que plantea una serie de retos en cuanto al sistema de acogida en los países receptores para no vulnerar los principios de la CDN<sup>305</sup>.

El perfil de los menores emigrantes irregulares que llegan a España no es uniforme. Responde a la diversidad de su procedencia geográfica y está

---

<sup>304</sup> López Sala, A. M. (2004). Las dinámicas migratorias en el Marruecos actual. *Revista Nova África* nº. 14, pp. 55-72. p. 60: La emigración es hoy un fenómeno de enorme alcance demográfico y económico en nuestro país vecino. Durante los últimos años, las aportaciones financieras se han mantenido, convirtiéndose en la primera fuente de divisas de Marruecos y permitiendo cubrir la práctica totalidad del déficit comercial del país, hasta el punto de suponer entre el 6% y el 8% del producto interior bruto (BENCHERIFA; REFASS y BACARIA: 1998, 109). Por ello las aportaciones de los «fabricantes de divisas» (*les dévisards* en palabras de Belguendouz) son mayores que los ingresos que proporciona la exportación de fosfatos y la industria turística.

<sup>305</sup> Hadjab Boudiaf, H. (2011). Entender el fenómeno de los llamados "menores extranjeros no acompañados". En F. J. García Castaño y N. Kressova (coords.). *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 925-934). Granada: Instituto de Migraciones. p. 925.

influenciado por el ámbito político, social y familiar en el que se desenvuelven, y por el grado de estabilidad económica y de seguridad de su país y por el de los países de su entorno. Aunque compartan características comunes, existen notables diferencias, por ejemplo, entre los menores procedentes de los países del Este de Europa, los del Magreb y los subsaharianos. También hay que contar con la implicación del sexo del menor<sup>306</sup>.

Aunque, como ya hemos indicado, el perfil de los menores inmigrantes irregulares no responde a patrones de uniformidad, presenta las siguientes características: por el sexo son varones en su mayoría, no obstante, se observa progresivamente mayor presencia femenina; proceden de familias de varios hermanos, carentes de recursos económicos y de formación escolar; su edad media suele ser de 16 años, pero, su madurez es superior a la que le correspondería por su edad cronológica y por las obligaciones que han tenido que asumir. El perfil del inmigrante procedente del África Subsahariana difiere de los anteriores por sus características, extracción social y proyecto migratorio<sup>307</sup>.

En cuanto a su proyecto migratorio, el MENA marroquí tiene un claro deseo de mejorar su situación personal y familiar, siendo por tanto su objetivo inmediato conseguir cuanto antes un trabajo para lograr esta finalidad. Muestra rechazo al sistema de protección de los centros de acogida, prefiriendo las

---

<sup>306</sup> Quiroga, V. e. (2010). *Menores Migrantes no Acompañados en España. Sueños de bolsillo*. Madrid: UNICEF y Banesto.

p. 32. "En este trabajo hemos considerado que en base al motivo por el cual el menor o la menor emigran se pueden configurar diferentes perfiles migratorios de estos menores".

<sup>307</sup> López Calero, P. e. (2008). *Migraciones africanas hacia Europa. Estudio cuantitativo y comparativo 2006-2008. Centro nº 6 de Nouadibou, Mauritania*. Recuperado el 20 de Enero de 2014, de Cruz Roja Española: [http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/CANCRE/COPY\\_OF\\_ACCIONINTERNACION/DOCUMENTACINTERNAC/INFODOCUS/DOCUTEC/MIGRACIONES\\_FINAL.PDF](http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/CANCRE/COPY_OF_ACCIONINTERNACION/DOCUMENTACINTERNAC/INFODOCUS/DOCUTEC/MIGRACIONES_FINAL.PDF)

p. 92. Los migrantes no provienen de países en conflicto, e igualmente no son los que mejor representan la pobreza de los mismos, o la pobreza extrema.

El perfil completo es: "Hombre joven, soltero, senegalés o maliense, sin hijos, con formación general básica, con personas a cargo, no asalariado y con unos ingresos medios de 80 euros mensuales. Trabaja antes de emigrar, no trabaja durante el viaje migratorio y atraviesa como mínimo un país para migrar, que no sufre acoso durante su proyecto migratorio. Procede del sector comercial, de la agricultura o la pesca, teniendo formación en su gran mayoría. El medio empleado para migrar es el cayuco, a través de un "pasador", al que paga un precio medio de entre 600 y 700 euros por el viaje, saliendo las embarcaciones en su mayoría desde la localidad de *Nouadibou* (Mauritania). Los MENA supondrían un 8% entre los migrantes, según los datos disponibles.



opciones que le proporcionen mayor autonomía y, en su caso, movilidad geográfica. Mantiene relaciones con la familia de origen y es posible que establezca contacto con otros miembros de su familia extensa en el país de acogida. En cambio, su relación con jóvenes autóctonos es escasa. El contraste de su utópico ideal migratorio con la realidad le decepciona, por lo que puede reaccionar con conductas violentas ante esta situación en los centros de acogida. Su proyecto, si bien realizado a nivel individual, suele estar alentado por su familia con vistas a un posible reagrupamiento familiar<sup>308</sup>.

El fenómeno de la migración de los MENAS Subsaharianos presenta características propias que se enmarcan “en la existencia de una fuerte tradición migratoria previa hacia Europa” y unas desigualdades que se plasman en las diferencias de renta y salario entre las regiones de origen y de destino, lo que constituyen una opción muy atractiva para los africanos<sup>309</sup>.

Estos menores conocen la legislación y sistema de protección del país de acogida y lo utilizan en su beneficio. No suelen hacer uso del derecho de asilo, pues, aunque le proporcione mayores garantías jurídicas frente a la expulsión, retrasa el tiempo de su incorporación al mercado laboral y, con ello, la posibilidad de conseguir ingresos.

El concepto de MENA de la Unión Europea se definió en la Resolución del Consejo el 26 de junio de 1997, en la que incluye en esta categoría a los menores nacionales de terceros estados no acompañados por un adulto responsable. La Unión extiende el concepto de MENA a los menores nacionales de países no comunitarios, que después de haber entrado en el territorio de los estados miembros, son dejados solos<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> Bravo Rodríguez, R. M. (2005, Octubre 27). *Consejo de Europa*. Retrieved Diciembre 7, 2013, from Conferencia regional sobre "Las Migraciones de menores no acompañados: actuar de acuerdo con el interés superior del menor": [http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/MG-RCONF\\_2005\\_11\\_Report\\_%20Spain\\_es.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/MG-RCONF_2005_11_Report_%20Spain_es.pdf). p. 7.

<sup>309</sup> Iglesias Martínez, J. (2009). *Barça y Barzakh: La migración internacional de menores inmigrantes no acompañados de origen Subsahariano hacia las Islas Canarias*. Miscelánea Comillas. Vol. 67, pp. 217-234. p. 221.

<sup>310</sup> Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 (97/C 221/03, DOCE, núm. C 221, de 19 de julio de 1997) tiene el siguiente tenor: “La presente resolución se refiere a los menores de dieciocho años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea

Los MENA constituyen un colectivo que no responde a un patrón normalizado. Habitualmente, no tiene intención de darse a conocer y no suele ser portador de documentación que acredite su procedencia y edad. Tiene un grado de movilidad superior a la de los adultos, trasladándose de un centro de acogida a otro conforme a sus intereses, según la información que obtiene de sus redes<sup>311</sup>.

Una vez descrito el perfil de los menores emigrantes, pasaremos a analizar las motivaciones que los impulsan a emigrar.

## 2. Causas y motivaciones de la emigración infantil

El fenómeno general de las migraciones no obedece, exclusivamente, a causas coyunturales, como la globalización y los cambios económicos, sociales, culturales y tecnológicos que comporta<sup>312</sup>. Los motivos que llevan a los menores a optar por la emigración trascienden de una combinación de

---

legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos. La presente Resolución podrá aplicarse también a los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los estados miembros, sean dejados solos. Las personas contempladas en los dos párrafos anteriores de denominarán en lo sucesivo *menores no acompañados*". Por su parte, las Directivas citadas ofrecen la siguiente definición del MENA, comprensiva, como se ha indicado en texto, de los apátridas: "el nacional de un tercer país o el apátrida menos de dieciocho que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en los territorios de los Estados miembros" (art. 2.h Directiva 2001/55/CE, art 2.f Directiva 2003/9/CE y art 2.f Directiva 2003/86/CE, publicadas respectivamente en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 212 de 7 agosto 2001, *Diario de la Unión Europea* L 31 de 6 febrero 2003 y *Diario Oficial de la Unión Europea* L 251 de 3 octubre 2003).

<sup>311</sup> López Azcona, A. (2006). *Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 02 de Marzo de 2013, de [www.icam.es/docs/ficheros/200607250008\\_6\\_16.doc](http://www.icam.es/docs/ficheros/200607250008_6_16.doc)

p. 3. Coinciden en esta apreciación: Goenechea Permisán, "Menores inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad", ponencia presentada al *I Congrés Internacional d'Educació a la Mediterrània* celebrado del 11 al 12 de mayo de 2006 en Palma de Mallorca ([http://weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web\\_I\\_Cong\\_Medit/menors2.htm](http://weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web_I_Cong_Medit/menors2.htm)); De Palma del Teso, Ángeles "Los menores inmigrantes no acompañados", en *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, E. Aja, A. Montilla y E. Roing (coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 540; y Senovilla Hernández, Daniel *Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Bruselas, 2007, p. 25.

<sup>312</sup> *Ibídem*.

p. 2. El fenómeno de la migración, incluidos los desplazamientos de menores extranjeros no acompañados, conviene enmarcarla en el contexto de cambios económicos, sociales, culturales y tecnológicos surgidos en las últimas décadas con el avance de la globalización.

condiciones estructurales económicas desfavorables de sus países de origen, combinadas con otras personales. Según ellos manifiestan, los motivos principales son: mejorar sus expectativas sociales y culturales, conseguir ingresos, huir de las situaciones conflictivas familiares y políticas de su país<sup>313</sup>.

La causa fundamental que motiva a los menores a emigrar es el conocimiento que tienen de que, sus derechos y las posibilidades de éxito de su proyecto migratorio, son mucho mayores antes de alcanzar los dieciocho años, circunstancia que es aprovechada por las redes de tráfico de personas para captar, entre los menores, a sus posibles clientes. Esta es también la razón por la que, los emigrantes que ha superado esa edad, intenten hacerse pasar por menores para aprovechar los beneficios que éstos tienen cuando acceden al territorio de la Unión<sup>314</sup>.

En esta aldea global en que se ha convertido el mundo, es significativo que la comunicación permite llevar hasta el último rincón información de los lugares más alejados y de ahí, el deslumbramiento del escaparate que presenta ese mundo feliz y maravilloso, en apariencia, que muestran los países desarrollados como lugar de recursos inagotables y la asequible facilidad para acceder al disfrute de todos los bienes. Esto no es otra cosa que una publicidad engañosa pero de irresistible atracción para todas las personas que viven en la miseria y en la opresión<sup>315</sup>.

La distorsión de la realidad social de los países desarrollados, llega a los países de origen de la emigración a través de dos fuentes. Una la de los programas de televisión que desvirtúa la realidad por otra, en la que uno puede convertirse en millonario en una tarde, así como un dudoso y fácil acceso a una

---

<sup>313</sup> VV.AA. (Febrero de 2011). *Servicio de Investigación Social. Relaciones de solidaridad entre inmigrantes: acercamiento a las redes informales de apoyo de MENAS en la CAPV*. Recuperado el 30 de Octubre de 2014, de Fundación EDE: <http://fundacionellacuria.org/wp-content/uploads/2014/06/22-Relaciones-solidaridad-entre-inmigrantes-menores-jovenes-no-acompanados.pdf> p. 27.

<sup>314</sup> Bravo Rodríguez, R. M. (27 de Octubre de 2005). *La situación de menores no acompañados en España*. Recuperado el 07 de Diciembre de 2013, de Consejo de Europa: [http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/MG-RCONF\\_2005\\_11](http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/MG-RCONF_2005_11) p. 9.

<sup>315</sup> Colomer Viadel, A. (2010). *La protección y la integración de los menores inmigrantes no acompañados en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 180. En la obra de Vicente Cabedo Mallol (Coordinador). *La situación de menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración*. Valencia: Tirant lo Blanch.

vivienda y a un amplio abanico de bienes materiales. Además, existe otra fuente de confusa información, que proviene de emigrantes que se encuentran viviendo en España. El menor marroquí que la recibe se forja una imagen idealizada de la realidad, hasta el punto de que España se convierte en su única meta donde es fácil el acceso al trabajo, a la vivienda y al dinero<sup>316</sup>.

La migración de menores extranjeros no acompañados es un fenómeno de especial relevancia por los riesgos que tienen que superar estos menores durante su viaje desde el país de origen, expuestos a multitud de contingencias naturales y a la manipulación de las mafias. Los adolescentes, a veces de corta edad, se convierten en sujetos activos de la migración desde países lejanos o cercanos de África o Europa del Este<sup>317</sup>.

Por una parte, el continuo ambiente de inseguridad humana y económica, los conflictos bélicos de diferente intensidad, latentes o declarados - en Europa Central y del Este, en Oriente Medio y en extensas regiones de África y Asia- contribuyen de forma directa a intensificar la emigración de personas y familias que huyen de los horrores de la destrucción, del hambre y de la guerra.

Por otra parte, los lamentables acontecimientos producidos por la llamada Primavera Árabe parecen fuente inagotable de conflictos que tienen como denominador común la guerra, la lucha entre facciones religiosas, la

---

<sup>316</sup> Gallego Obieta, V. et al. (s.f.). *La integración social de los menores inmigrantes no acompañados: Nuevos retos en la Comunidad de Madrid*. Recuperado el 08 de Julio de 2013, de [http://www.unizar.es/centros/eues/html/archivos/temporales/Extra\\_Ais/Inmigracion/Comunicaciones/Gallego%20Obieta.pdf](http://www.unizar.es/centros/eues/html/archivos/temporales/Extra_Ais/Inmigracion/Comunicaciones/Gallego%20Obieta.pdf).

pp. 6 y 7. Para dar la sensación de que han tenido éxito en su proyecto, en el caso concreto de los marroquíes que regresan a su país de visita, tienden a dar una imagen distinta de la real. No hablan de los trabajos precarios, de los sueldos bajos, de las dificultades de adaptación cultural y de acceso a los servicios sociales, de los problemas de adaptación al sistema educativo, de los problemas por la indumentaria externa y otras. El que regresa, aparece como un triunfador, como un héroe a imitar por el resto de la familia.

<sup>317</sup> Lázaro González, Isabel E. y Monroy Arambarri, Beatriz. (2010). *La situación actual de los menores extranjeros no acompañados en España*. Madrid: Tecnos. p. 18.

destrucción e innumerables víctimas inocentes<sup>318</sup>, y como consecuencia inseparable, los desplazamientos forzados de la población.

Participamos, pues, de la línea de la doctrina que concibe las migraciones de los menores como parte del proceso histórico de las migraciones caracterizado por que sus protagonistas son los miembros adultos de las familias, quedando los menores de edad relegados a un plano secundario en la iniciativa y realización de este proceso, con un papel limitado, generalmente, al de acompañantes de los mayores<sup>319</sup>.

Entendemos que las migraciones son un “fenómeno dinámico y cambiante que exige un conocimiento de sus peculiaridades de forma constante y continuada”<sup>320</sup>, y que la migración de los MENAS es una nueva modalidad con características y objetivos propios que la distinguen de las que llevan a cabo los adultos, lo que no quiere decir que su finalidad no pueda ser coincidente con la de los mayores.

En el fenómeno migratorio, analizado desde la perspectiva de los derechos, se presentan dos intereses legítimos que, de hecho, colisionan. Por una parte, está el derecho de la persona a fijar su residencia, libremente, donde ella elija. Por otra parte, nos encontramos con la obligación de los estados a contralar los flujos migratorios, con el objeto de limitar la entrada de extranjeros a su capacidad para proporcionarles lo necesario para que puedan vivir y desenvolverse dignamente. En el ámbito individual, la persona que migra está afectada por dos conceptos y consecuencias diferentes. Quien se decide a abandonar su país de origen y tratar de instalarse en otro ajeno, tiene, al mismo tiempo, una doble condición. Por una parte, la de emigrante que sale de su tierra de origen, mantiene la esperanza del posible regreso y sufre el desarraigo. Por otro lado, al incorporarse al nuevo país, es considerado como

---

<sup>318</sup> El conflicto en Siria entre las dos corrientes musulmanas, la minoría chií, apoyada por Irán y la milicia libanesa de *Hizbolá* y, los rebeldes suníes, apoyados por Arabia Saudí. Francisco de Andrés. ABC. Guerra civil de suníes y chiíes. 23/06/2013.

<sup>319</sup> La historia de la humanidad es la historia de los procesos migratorios, que generación tras generación se han caracterizado por ser protagonizados por los miembros adultos de las familias y por relegar a un plano secundario el papel que juegan los menores de edad, ya que siempre han emigrado acompañando a sus adultos responsables.

<sup>320</sup> Quiroga, V. e. (2010). *Menores Migrantes no Acompañados en España. Sueños de bolsillo*. Madrid: UNICEF y Banesto. p. 7.



inmigrante, persona extraña que llega a un mundo nuevo, desconocido y trata de afincarse en una comunidad a la que no pertenece por origen, en la que tiene la confianza de emprender una nueva vida para desarrollar su porvenir<sup>321</sup>.

En el caso concreto de España, se produce un incremento considerable de la inmigración, en el período comprendido entre los años 1998 y 2007, que se debe a razones intrínsecas por las que atraviesa nuestro país y, también, los países origen de migrantes. En efecto, durante ese período tiene lugar en España un fuerte desarrollo económico y, por el contrario, un débil crecimiento demográfico que es incapaz de aportar la demanda de mano de obra de los sectores productivos en alza como la construcción, el turismo, los servicios y el ocio<sup>322</sup>.

La motivación que lleva a emigrar de su país a los menores marroquíes, es consecuencia de la pesada carga emocional en que viven. Su proyecto migratorio no es mera aventura, sino que obran por razones de necesidad extrema familiar, para ayudar a sus padres y a sus hermanos<sup>323</sup>.

El testimonio de los propios menores emigrantes, que exhiben una imagen de prosperidad económica al volver a sus lugares de origen, induce a otros jóvenes más desfavorecidos a imitar su ejemplo<sup>324</sup>.

El efecto llamada y el afán de aventura subyacen en unos determinados perfiles y zonas muy concretas del Marruecos. Se conocen casos de menores “que no están en una situación de desamparo y cuya venida a España es inducida en su mayoría por el ansia de aventura y búsqueda de sus iguales en los centros de protección”<sup>325</sup>.

---

<sup>321</sup> Colomer Viadel, A. (2010). *La protección y la integración de los menores inmigrantes no acompañados en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 179. En la obra de Vicente Cabedo Mallol (Coordinador). *La situación de menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración*. Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>322</sup> Tamames, R. e. (2008). *Estudio sobre la inmigración rumana en España*. Madrid: Castellana Cien. p. 5.

<sup>323</sup> Cabrera Medina, J. C. (2008). *El fenómeno de la emigración de menores. Análisis desde la Provincia de Cádiz (2002-2007)*. Cádiz: Diputación Provincial de Cádiz. p. 5.

<sup>324</sup> Cabrera Medina, J. C. (2005). *Acercamiento al menor*. Sevilla: Conserjería de Gobernación. Junta de Andalucía. p. 16.

<sup>325</sup> Cabrera Medina, J. C. (2008). *El fenómeno de la emigración de menores. Análisis desde la Provincia de Cádiz (2002-2007)*. Cádiz: Diputación Provincial de Cádiz. p. 288.



A las razones subjetivas, como “la utopía del dinero fácil y las oportunidades que brinda la sociedad occidental”<sup>326</sup>, se le pueden añadir otras causas objetivas como las altas tasas de desempleo, que inciden especialmente en la población joven, y la general extensión de la pobreza entre la población marroquí. A estos y otros factores, que promueven la expulsión del país de origen, se le suma las potentísimas señales de llamada que emiten los países de destino. La emigración marroquí es de naturaleza fundamentalmente económica, y “la perspectiva de unas condiciones materiales de vida más favorables y un futuro más promisorio es a la postre un factor decisivo”<sup>327</sup>.

Los menores inmigrantes se encuentran al llegar a España en situación de vulnerabilidad múltiple por su condición de menor de edad, por ser inmigrantes irregulares y no estar acompañados de una persona mayor que les sirva de referente y les pueda prestar el apoyo que precisen en cuanto a representación legal en el ejercicio de sus derechos, incluida la solicitud de asilo, si fuera el caso, y subvenir a cuantas necesidades materiales se les presenten. Desde el punto de vista jurídico, su doble condición de extranjeros y menores de edad lleva aparejada la aplicación de dos regímenes diversos: el que les corresponde como extranjeros y el de menores de edad<sup>328</sup>.

Aunque, como veremos más adelante, se constata que los menores están, de algún modo, en contacto con sus familiares de origen o con los que tiene en el país de destino, el hecho evidente es que los ampara la normativa internacional y nacional en el ejercicio de sus derechos, y que esta responsabilidad recae sobre los países anfitriones, que deben poner “el máximo de los recursos disponibles” para garantizarla, comenzando por la asignación de un tutor que les asista desde el momento que entran en contacto

---

<sup>326</sup> VV.AA. (Diciembre de 2008). *Informe monográfico a la Junta General del Principado de Asturias. La protección de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Procuradora General del Principado de Asturias: <http://www.integrallocal.es/upload/File/Informe%20monogr%C3%A1fico%20elaborado%20por%20la%20Procuradora%20General%20del%20Principado%20de%20Asturias%20sobre%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20menores%20extranjeros%20no%20acompa%C3%B1ados%20en%20Asturia.pdf>. p. 117.

<sup>327</sup> Cebolla, H. y. (06 de Abril de 2010). *Marroquíes en España, los Países Bajos y Francia: gestión de la diversidad e integración*. Recuperado el 24 de Octubre de 2014, de Real Instituto El Cano: [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org). pp. 9-10.

<sup>328</sup> Cabedo Mallol, V. (2010). *Los derechos de los menores inmigrantes no acompañados y su proceso migratorio*. Valencia: Tirant lo Blanch. p 113.

con el sistema de protección del Estado. La extensa definición que nos proporciona Quiroga de los menores extranjeros no acompañados que entran de forma irregular en el territorio de un país, nos da idea de la casuística de situaciones en que se puede encontrar el menor y el estado de vulnerabilidad en que se haya, desde el momento en que abandona el país de origen<sup>329</sup>.

El concepto de MENA, válido en todo el ámbito de la Unión, fue establecido por el Consejo de la UE, en el art. 1 de su Resolución 97/C 221/03, de 26 de julio de 1997, en la que define a los MENAS como: “Menores de 18 años, nacionales de países terceros, que llegan a territorio de los Estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y, en tanto no se encuentren efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable así como aquellos menores que se queden solos tras su entrada en los Estados miembros”. En esta definición se precisa que el concepto de MENA se aplica sólo a los nacionales que no pertenezcan a la Unión y, que están incluidos en el concepto, los que viajan acompañados pero luego son dejados a su suerte<sup>330</sup>.

---

<sup>329</sup> Quiroga, V. e. (2010). *Menores Migrantes no Acompañados en España. Sueños de bolsillo*. Madrid: UNICEF y Banesto.

p. 21 “Los niños y adolescentes menores de 18 años que emigran fuera del país de origen solos y/o separado, de ambos padres o tutor legal o persona que por ley o costumbre les tuviera a su cargo; o acompañados de alguna persona de la familia extensa o persona al cual el tutor legal ha encargado por ley o costumbre del país, y que por alguna circunstancia acaban solos o no son atendidos adecuadamente, o que surge alguna duda sobre la relación entre el menor y el adulto. Todos, como niños, son niños separados y con derecho a recibir protección internacional bajo una amplia gama de instrumentos internacionales y regionales. Los menores acceden al territorio europeo solicitando asilo o de forma irregular. Los solicitantes de asilo lo hacen por miedo a la persecución, a la falta de protección ante violaciones de derechos humanos, conflictos armados y/o graves disturbios en su país de origen. Los que acceden de forma irregular, por su parte, pueden haber sido víctimas de tráfico u otro tipo de explotación, o han viajado a Europa huyendo de situaciones de pobreza severa o de serias privaciones o de expectativas de promoción social. Muchos de estos menores han vivido experiencias terribles y han sobrevivido a circunstancias de extrema dureza”.

<sup>330</sup> Rocamora Fernández, A. (2012-2013). *El Plan de Acción de la Unión Europea sobre los menores extranjeros no acompañados (2010-2014) y su impacto en el ordenamiento jurídico español y catalán*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de Universitat de Barcelona: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/48430/1/ANNA%20Rocamora-uria.pdf>. p. 7.

## II. PROTECCIÓN Y ACOGIDA DE LOS MENAS EN ESPAÑA

### 1. Protección de los derechos de los MENAS y control de los flujos migratorios

En la acogida de los MENAS en España concurren, por una parte, la protección de sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y, por otra, la normativa de control de los flujos migratorios establecida por la UE y por España.

Para una parte de la doctrina, el desarrollo de una política de inmigración común en la UE está inscrito en un amplio proceso social, político y profesional que articula una sociedad que percibe la inmigración como una amenaza. Los países de la Europa Occidental hacen frente a una multiplicidad de desafíos a su sistema de integración social y legitimidad política. En este contexto, la inmigración se ha presentado como un peligro para el orden público, la identidad cultural, la estabilidad interior y el mercado de trabajo. Aunque la construcción social de la migración como un problema de seguridad ha sido contestada, es el resultado de una poderosa dinámica político y social que considera la migración como una fuerza que pone en peligro el bienestar de la sociedad occidental. El desarrollo clave ha sido convertir, tecnocrática y políticamente, el proyecto económico del mercado interior en un proyecto de seguridad interior<sup>331</sup>.

Los países origen de la migración critican que "la ausencia de una política global a la escala europea sobre las cuestiones migratorias conduce a una serie de monólogos que se cruzan poco" ya que están condicionados por la situación interior de los estados miembros y su seguridad, factores que determinan la política de inmigración de la Unión, más orientada hacia control de los flujos migratorios y la lucha contra la inmigración ilegal que hacia la cooperación con los países de origen y tránsito o la integración de inmigrantes.

---

<sup>331</sup> Huysmans, J. (2000). The European Union and the Securitization of Migration. *Journal of Common Market Studies*, pp. 751-777. p. 752.

Esto no indica el fracaso de la política comunitaria de inmigración, sino que debería evolucionar<sup>332</sup>.

En la actualidad, la política de la Unión, en materia de extranjería, trata de conjugar la protección de derechos de los extranjeros con la seguridad interior, conforme a lo establecido en la Directiva de Retorno (2008/115/CE del Parlamento y del Consejo), cuyo objetivo es “fijar normas claras, transparentes y justas para establecer una política efectiva de retorno como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada” y crear un “conjunto mínimo común de garantías jurídicas respecto a las decisiones relativas al retorno para garantizar una protección eficaz de los intereses” y los derechos humanos de los inmigrantes<sup>333</sup>.

Uno de los instrumentos de la UE para el control de los flujos migratorios es la agencia FRONTEX. Este medio de comunicación contribuye significativamente al conocimiento público de la inmigración irregular hoy en día en Europa. A través del discurso humanitario, los agentes de FRONTEX legitiman el control de las fronteras, la detención de inmigrantes y su deportación<sup>334</sup>.

Nuestra normativa de extranjería se ha adecuado al derecho comunitario sobre la materia, lo que ha comportado la progresiva importancia del derecho

---

<sup>332</sup> Benamar, J. (2009). *Inmigración, Integración e Interacción en el Futuro del Mediterráneo*. BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Nº 10, pp. 27-38.

pp. 31-32. “La ausencia de una política global a la escala europea sobre las cuestiones migratorias conduce a una serie de monólogos que se cruzan poco, ya que están hipotecados por la situación interior de los Estados y la obsesión de seguridad, estos dos elementos orientan la política de inmigración más hacia la regulación y el control de las fronteras y la lucha contra la inmigración ilegal que hacia la cooperación con los países de origen o de tránsito o a la integración de los inmigrantes. ¿Esto quiere decir que la “europeización” de la política migratoria ha fracasado? No, sólo quiere decir que ésta se encuentra en sus inicios”.

<sup>333</sup> Ramiro Avilés, M. Á. (2010). *INFORME “El tiempo de los derechos”, núm. 32*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. p. 10.

<sup>334</sup> Horsti, K. (2012). Humanitarian discourse legitimating migration control: FRONTEX public communication Pp. 2-3. En M. e. Messier, *Migrations: Interdisciplinary Perspectives*, pp. 297-308 Viena: Springer Science & Business Media.

FRONTEX promotes, coordinates and develops European border management in line with the EU fundamental rights charter applying the concept of Integrated Border Management. The agency was set up in 2004 to reinforce and streamline cooperation between national border authorities. <http://frontex.europa.eu/about-frontex/origin>

de extranjería que corre paralelo al incremento de la afluencia de nacionales de terceros estados. La legislación española actual se ajusta a la normativa comunitaria que pretende gestionar el control de los flujos migratorios mediante la colaboración de los países de origen, el establecimiento de un sistema común de asilo y el trato justo y humanitario con los nacionales de terceros países<sup>335</sup>.

Consecuente con la CDN, la normativa española referente al menor, considera la familia como el lugar en que este puede recibir la mejor protección y desarrollar su personalidad, teniendo siempre como directriz el interés superior del menor. Así, la LOEX 2/2009 es explícita a la hora de disponer la repatriación del menor a su país de origen “mediante reagrupación familiar o bien, mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores de su país, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos” (art. 35.5). También, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado (6/2004, de 26 de noviembre) dispone que, en la yuxtaposición de la extranjería y la minoría de edad, se decida según el interés superior del menor, al resolver entre su repatriación o permanencia en España<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> Pérez-Ugena, M. y. (2008). *Consideraciones acerca de los derechos de los extranjeros en España*. Recuperado el 01 de Febrero de 2015, de Universidad Rey Juan Carlos: [https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/curso/materiales/MA\\_Cano\\_Consideraciones\\_extranjeros\\_Espana.pdf](https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/curso/materiales/MA_Cano_Consideraciones_extranjeros_Espana.pdf) pp. 13-14.

<sup>336</sup> López Azcona, A. (2006). *Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 02 de Marzo de 2013, de [www.icam.es/docs/ficheros/200607250008\\_6\\_16.doc](http://www.icam.es/docs/ficheros/200607250008_6_16.doc).

p. 5. “Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado: “Dentro del Derecho de extranjería presenta una especial complejidad el tratamiento jurídico de los menores inmigrantes extranjeros no acompañados. En estos supuestos, a la nota de la extranjería se yuxtapone la de la minoría de edad, debiendo ser ponderados uno y otro elemento a la hora de dar solución a los problemas interpretativos que puedan generarse, pero siempre desde la premisa de que como dispone el art. 3 del Convenio de Derechos del Niño *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*. El favor minoris también se resalta en la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A 3-0172/1992 de 8 de julio), (...) Igualmente, el art. 11.2.a) de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece que la supremacía del interés del menor será principio rector de la actuación de los poderes públicos y el art. 2 declara solemnemente que *en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. La importancia de este principio, clave de bóveda en Derecho de Menores es también debidamente resaltada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (vid. SSTC 124/2002, de 20 de mayo, 221/2002, de 25 de noviembre,



Una parte de la doctrina manifiesta que existe una tensión entre las políticas nacionales y comunitarias sobre el control de los flujos migratorios y la protección de los derechos del menor inmigrante, en particular si no se encuentra en el territorio de la Unión en situación regular<sup>337</sup>.

Las posturas críticas identifican la medida de la repatriación con el procedimiento utilizado por el Gobierno para el control de los flujos migratorios y tacha de ineficaz este procedimiento como medio para conseguirlo, puesto que no surte el efecto de disminuir la afluencia de inmigrantes<sup>338</sup>.

Es también criticada la utilización interesada, por parte de la Administración, de la doble condición del menor inmigrante, como menor y como extranjero, sin anteponer su condición de menor y por hacer prevalecer las políticas de seguridad nacional al interés superior del menor<sup>339</sup>.

Entendemos que no debe plantearse la cuestión de protección-seguridad en clave de confrontación sino, más bien, de conciliación de la protección de los derechos del menor inmigrante y su integración en la sociedad de acogida. La actuación de todos los agentes implicados en el

---

entre otras), del TS (vid. SSTs 1ª 415/2000, de 24 abril, 548/1998, de 11 junio entre otras) y del TEDH (vid. SSTEDH caso E. P. contra Italia de 16 de noviembre de 1999 y caso *Bronda* contra Italia de 9 de junio de 1998); declaración que reproduce parcialmente la Circular 2/2006, de 27 de julio”.

<sup>337</sup> Ruiz Legazpi, A. (2011). *La expulsión de menores extranjeros. Límites constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

p. 3. La inmigración juvenil es una de las claves de la realidad de la migración en España desde hace tiempo, aunque preguntarse en serio sobre los límites para controlarla, en el sentido más policial del término, es todavía novedoso.

<sup>338</sup> *Ibidem*.

p. 22. “Y es que por más que la repatriación del menor para reagruparlo con su familia haya sido desde hace tiempo la opción prioritaria del legislador, lo cierto es que la realidad de su eficacia ha distado mucho de reafirmarla como un instrumento jurídico preferente, apropiado, útil, en la gestión de la inmigración juvenil. Las cifras nos enseñan que, a menudo, los jóvenes repatriados no han representado ni el 1% de los que permanecieron en España”

<sup>339</sup> Colomer Viadel, A. (2010). *La protección y la integración de los menores inmigrantes no acompañados en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. En la obra de Vicente Cabedo Mallol (Coordinador). *La situación de menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración*. Valencia: Tirant lo Blanch.

p. 183. “Una paradoja contradictoria y dramática es ese tratamiento doble para los menores no acompañados en donde converge la doble condición de inmigrantes y de menores, y donde a veces los intereses de políticas de seguridad enmascaran el interés superior del menor que es la consideración preferencial establecida en el Convenio de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y en numerosas legislaciones estatales, para centrarse en los problemas de la avalancha de inmigrantes y la seguridad de las fronteras”.



proceso de acogida, observando la legalidad normativa y las garantías jurídicas que efectivamente protegen sus derechos en cada una de sus fases, dan como resultado la protección, en todo momento, del interés superior del menor.

Para poder dar una respuesta adecuada al reto que representa la defensa de los derechos de los menores, no es bastante su protección jurídica. Se debe atender, además, a las medidas efectivas destinadas a facilitar su inserción laboral y su integración social y cultural, para lo cual, debe estudiarse previamente y con proyección de futuro, las capacidades de la Unión, en su conjunto, y las de cada uno de sus estados en concreto, sobre el total de inmigrantes que es capaz de gestionar e integrar<sup>340</sup>.

El punto de partida es que la política de integración de los extranjeros inmigrantes se ha convertido en la actualidad, en uno de los retos que afronta la sociedad española, al ser un pilar básico de la política de inmigración que el Gobierno ha puesto en marcha desde hace dos lustros, que está estrechamente relacionada con la lucha contra la inmigración ilegal. Por otra parte, la inmigración legal está vinculada a las necesidades del mercado de trabajo y a la cooperación al desarrollo de los países de origen. La protección de los derechos de los inmigrantes es el factor fundamental en todo el proceso de su integración<sup>341</sup>.

## **2. El interés superior del menor**

Hemos tratado, a lo largo de la Primera Parte, el interés superior del menor como el factor decisivo en la resolución de los asuntos que le conciernen. Nos vamos a referir a él como criterio para determinar la permanencia del MENA en España o su repatriación al país de origen.

La CDN establece como principio fundamental el interés superior del niño (art. 3.1), que será consideración primordial que tener en cuenta en todas las actuaciones realizadas con respecto al menor por “las instituciones públicas

---

<sup>340</sup> Benamar, J. (2009). *Inmigración, Integración e Interacción en el Futuro del Mediterráneo*. BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Nº 10, pp. 27-38. p. 28.

<sup>341</sup> VV.AA. (Septiembre de 2011). *Plan Estratégico Ciudadanía e Integración 2011-2014*. Madrid, España: Dirección General de Intervención de los Inmigrantes. p. 4.

o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”. Que el interés superior del menor sea prioritario no obsta que, en la protección y cuidado para asegurar al niño su bienestar, se tengan “en cuenta los derechos y deberes de sus padres”, tutores o las personas responsables de él ante la Ley (art. 3.2).

Desde la perspectiva del menor, persona potencialmente autónoma a partir de determinado momento de su vida, y partícipe principal de su propio destino, el interés del menor consiste no sólo en buscar lo mejor para él, sino en “ayudarle a adquirir progresivamente mayor autonomía y una identidad de adulto” que le habilite para ejercer directamente sus derechos y libertades indeclinables<sup>342</sup>.

La mayor parte de la doctrina considera que este principio del interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado<sup>343</sup>. Es evidente que la concreción del interés del menor no es tarea fácil<sup>344</sup>, pero esto no equivale a decir que no sea posible determinarlo en cada caso concreto, y a ello han contribuido, de forma eficaz, la jurisprudencia de los tribunales que lo identifican en cada caso que resuelven. Las organizaciones internacionales

---

<sup>342</sup> Rivero Hernández, F. (2007). *El interés superior del menor*. 2ª edición . Madrid: Dykinson S. L. p. 28.

<sup>343</sup> Rivero Hernández, F. (2000). *El interés del menor*. Madrid: Dykinson. P. 26: “Viendo ya nuestro Ordenamiento [...] Prácticamente ninguno aclara en qué consiste ese interés, porque desde el punto de vista normativo se trata de un *standard* jurídico, de un concepto jurídico indeterminado”.

Cillero Bruñol, M. (1999). *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 23 de Octubre de 2013, de Instituto Interamericano. Organización de Estados Americanos: [http://www.iin.oea.org/cursos\\_a\\_distancia/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf)

p.1. “Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico”.

<sup>344</sup> Carbonell Benito, G. (2009). *El interés del menor: Criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor de Menor y del Ministerio Fiscal*. Valencia : Tirant Lo Blanch

p. 136. “La concreción del interés del menor no es tarea fácil pero se hace necesaria puesto que el hecho de estar ante un concepto con perfiles poco claros impone al sujeto que se encuentra obligado a aplicarlo un proceso complementario y paralelo en el que deberán ser ponderadas todas y cada una de las circunstancias que concurran a fin de conseguir determinar de manera efectiva cual sea el interés del menor en la específica situación a resolver”.

con responsabilidad en la protección del menor han proporcionado directrices para facilitar esta tarea.

En primer lugar, el interés superior del menor no es un concepto nuevo, pues, ya figuraba en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (pár. 2) y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación con la mujer (arts. 5. b y 16.1. d). En segundo lugar, del texto de la CDN, podemos deducir que el interés superior del niño consiste en el disfrute de sus derechos fundamentales, sociales, políticos y culturales que ella le reconoce.

Con objeto de orientar sobre la identificación del interés superior del niño, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General número 14 precisa que su contenido se “debe determinar caso por caso”. Añade además que, para aclarar su concepto, la instancia implicada podrá ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del art. 3.1 CDN, y teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. El principio es concepto “flexible y adaptable” y debe ajustarse y definirse de forma individual con arreglo a la situación específica de cada niño teniendo en cuenta el contexto, la situación y sus necesidades personales. Como dice la citada observación, “no es simplemente una consideración primordial, sino la consideración primordial”, es decir, el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión en las cuestiones que le atañen<sup>345</sup>.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, establece por su parte una guía de actuación dirigida a los Estados miembros sobre la aplicación del principio del interés superior del niño, aportando las correspondientes directrices<sup>346</sup>.

---

<sup>345</sup> VV.AA. (29 de Mayo de 2013). *Observación general nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3.1)*. Recuperado el 12 de Noviembre de 2013, de Convención de los Derechos del Niño: [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf) p. 10.

<sup>346</sup> VV.AA. (17 de Noviembre de 2010). *Guía del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia del niño*. Recuperado el 09 de Octubre de 2013, de Consejo de Europa: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2010\)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=Congress&BackColorInternet=DBDCF2&BackC](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=Congress&BackColorInternet=DBDCF2&BackC)

Apéndice:

Primera: Los Estados miembros deben garantizar el efectivo cumplimiento del derecho de los niños, haciendo que su interés superior sea la consideración primera en todos los asuntos que les afecten.

La jurisprudencia del TEDH establece la doctrina para determinar cuál es el interés superior del niño frente a otros intereses, incluidos los de sus padres. Así, en el caso de *Bronda* contra Italia (El interés superior del menor frente al respeto a la vida familiar), el Tribunal estima que el interés del niño, invalida el de las otras partes implicadas. Al sopesar la voluntad de *Bronda* de permanecer con sus padres adoptivos y el interés de su familia natural de mantenerla con ellos, el Tribunal concede un peso especial al deseo de la niña, de catorce años en ese momento, que ha manifestado firmemente que no desea abandonar la casa de sus padres adoptivos. El interés de la niña se impone al de sus abuelos<sup>347</sup>.

En el caso *Sahin* contra Alemania, el Tribunal señala que el art. 8 CEDH requiere de las autoridades nacionales encontrar un justo equilibrio entre el interés del niño y el de sus padres y, que en este proceso, se debe conceder importancia particular al interés superior del niño que, dependiendo de su naturaleza y seriedad, puede sobreponerse al de sus padres. La presunta violación del art. 8 de la Convención, denunciada por el padre por oponerse la madre de la niña a las visitas del mismo, no es estimada por el Tribunal porque

---

Segunda: Para valorar el superior interés del niño se tendrán en cuenta, en la debida consideración, sus puntos de vista y opiniones; se respetarán siempre el resto de los derechos del niño, tales como su dignidad, libertad y trato no discriminatorio; las autoridades responsables adoptarán una visión de conjunto para contar, en la debida medida, con todos los intereses en juego, incluidos los psicológicos, el bienestar físico del niño y, sus intereses legales, sociales y económicos.

Tercera: El interés superior de cada uno de los niños implicados en el mismo procedimiento, se valorará y sopesará individualmente, con el fin de conciliar los intereses en conflicto de todos los niños.

Cuarta: Corresponde a la autoridad judicial la responsabilidad y competencia última para tomar las decisiones finales. Los Estados miembros deben hacer, si es necesario, esfuerzos coordinados para establecer posturas multidisciplinarias con el objetivo de valorar en interés superior de los niños en los procedimientos que les conciernen.

<sup>347</sup> Madrazo Rivas, E. (2000). *La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 1998. El Interés Superior del Niño Frente al Respeto de la Vida Familiar*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 15, pp. 323-333.

p. 330. El Tribunal consideró que todas las condiciones para hacer legítima la injerencia se centran en un punto crucial, el interés del menor y, por lo tanto, en las medidas que mejor sirven a este interés.

no es del interés superior de la hija de ambos, nacida fuera del matrimonio, continuar con las visitas<sup>348</sup>.

En el caso de adopción, *Pini* y otros contra Rumanía, el TEDH atiende el rechazo del niño a ser adoptado por una familia extranjera, y no concede la adopción. Como en el caso anterior, el interés del niño puede, dependiendo de su naturaleza y seriedad, imponerse al interés de sus padres.

Para la Gran Sala del TEDH, el interés superior del menor desde la perspectiva de desarrollo personal, dependerá de la variedad de sus circunstancias personales, en particular su edad, grado de madurez, la presencia o ausencia de sus padres, su medio ambiente y experiencias, por lo

---

<sup>348</sup>Madrazo Rivas, E. (2000). *La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 1998. El Interés Superior del Niño Frente al Respeto de la Vida Familiar*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 15, pp. 323-333.

p. 327. El art. 8.1 CEDH establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]”, pero este derecho no es absoluto, pues, hay que tener en cuenta el interés general y los legítimos de otras personas. El art. 8.2 justifica la injerencia si se dan estas condiciones:

- 1) que la misma esté prevista por la ley
- 2) que sea necesaria en una sociedad democrática
- 3) que el objetivo sea legítimo

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Sahin* contra Alemania, 8 de julio de 2003

Procedimiento

En este caso, el demandante alegó que, la decisión del Tribunal alemán que rechazó su petición de visitar a su hija, nacida fuera del matrimonio, constituyó un quebrantamiento de su derecho al respeto de su vida familiar y que fue víctima de un trato discriminatorio al respecto, de acuerdo con los arts. 8 y 14 de la CEDH.

Valoración del Tribunal

Para determinar si rechazar el acceso a visitar a su hija es “necesario en una sociedad democrática”, el Tribunal tiene que considerar que, analizando el caso en su conjunto, las razones aducidas para justificar esta medida eran relevantes y suficientes según el propósito del art. 8.2 de la Convención. Indudablemente, la consideración de cuál es el interés superior del niño es de crucial importancia en cada caso de esta clase.

Fallo del Tribunal. Por estas razones, el Tribunal

1. Sostiene por unanimidad que, no considera la queja del demandante sobre la ceguera de uno de los jueces implicado en procedimiento del Tribunal alemán;
2. Rechaza unánimemente el resto de la objeción preliminar del Gobierno;
3. Sostiene por doce votos contra tres que no ha habido violación del art. 8 de la Convención
4. Sostiene unánimemente que ha habido una violación del art. 14 de la Convención en conjunción con el art. 8; [...].

que debe ser valorado en cada caso individualmente (STEDH: *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* 41615/07, 8 de enero de 2009)<sup>349</sup>.

En España el ATC núm. 28/2001, de 1 febrero, Recurso de Amparo núm. 5258/2000, establece que “la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto, es un asunto ajeno a la jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional que únicamente podrá comprobar, si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés”<sup>350</sup>.

El Tribunal Supremo, en la sentencia 832/2012, de 31 de enero de 2013, resuelve un caso de conflicto de intereses de los progenitores que se disputan la custodia del hijo de ambos. La custodia del menor, que ostenta la madre, es recurrida por el padre del menor por haber vulnerado la madre lo dispuesto en el art. 776.3 LEC: “El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas”. Pero el Tribunal considera que el art. 776.3 de la LEC, debe estar siempre subordinado al superior interés del menor, criterio que debe atenderse para la adopción de las medidas judiciales sobre su cuidado y educación. El Tribunal interpreta el interés superior del niño en el sentido de que: “supondrá un auténtico trauma (para el niño) el verse sometido al cambio de custodia, que se le había concedido a la madre”, por lo que desestima el recurso del padre<sup>351</sup>.

---

<sup>349</sup> Boschiero, N. e. (2013). International Courts and the Development of International Law. En F. Trombetta-Panigadi, *The European Court of Human Rights and the best interests of the child in the recent Case Law on international abduction* (pág. P. 660). The Hague: Asser Press. p. 660.

<sup>350</sup> Ravetllat Ballesté, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30. nº 2, pp. 89-107.

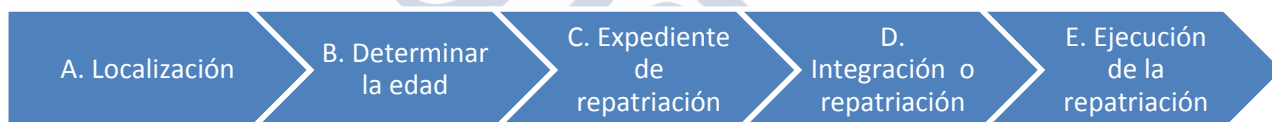
<sup>351</sup> Casación, Nº Recurso 2248/2011 (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Enero 31, 2013). Modificación de medidas. Cambio de guarda y custodia. Valoración de los incumplimientos del régimen establecido. Interés del menor. El Tribunal considera que se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados y, que este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJM, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (STS de 11 febrero y 25 de abril de 2011). El Tribunal señala que: “supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que



### 3. Fases del proceso acogida del MENA

En España se considera menor extranjero no acompañado (MENA) al nacional de un Estado no miembro de la Unión Europea, o al apátrida, menor de dieciocho años, que llega a nuestro territorio sin estar acompañado de un adulto responsable, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbre. También se considera MENA al menor que queda sin la compañía de adulto responsable después de su llegada a España<sup>352</sup>.

El proceso de acogida del MENA está constituido por una serie de fases, que se suceden sin solución de continuidad desde el momento en el que el menor es localizado hasta que se produce su repatriación o permanencia en España, conforme a lo establecido en el art. 35 de la LOEX 2/2009 y en los arts. 189 y ss. del RELOEX 557/2011, que representamos en el siguiente cuadro<sup>353</sup>.



#### Cuadro 3. Fases del proceso de acogida del MENA

La actual normativa de extranjería trata de armonizar la diversidad de procedimientos de las CCAA en el proceso de acogida y, sobre todo, evitar la desprotección del MENA en el mismo que, según ellos manifiestan, sufren en determinadas comunidades y circunstancias<sup>354</sup>.

---

ello, a mayores, conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y de imposición de convivencia con una persona (su padre), a la que por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce".

<sup>352</sup> VV.AA. (2009). *Punto de Contacto Nacional de España de la EMN. La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados*. Madrid: Red Europea de Migraciones. p. 21.

<sup>353</sup> Cabedo Mallol, V. (2006). *La protección y la integración de los menores extranjeros no acompañados*. Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriό nº 56, pp. 81-95. p. 85 y ss.

<sup>354</sup> Senovilla Hernández, D. y. (2013). *Menores Extranjeros no Acompañados y sin Protección en Europa*. Recuperado el 13 de Mayo de 2014, de Promoting unaccompanied Children's Access to Fundamental Rights in the European Union: [www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf](http://www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf)

Los derechos de los menores extranjeros no acompañados están protegidos por la LOPJM 1/1996, que dedica su Título I a los derechos los menores. El art. 1 señala que, dicha Ley, es de aplicación a los menores de dieciocho años “que se encuentren en territorio español”, no estableciendo distinción alguna entre menores españoles y extranjeros<sup>355</sup>.

La LOPJM 1/1996 introdujo como novedades: el protagonismo que adquiere en todas las fases el Ministerio Fiscal, la asistencia jurídica que debe recibir el menor en cada una de ellas y su derecho a ser oído. La posición del Ministerio Fiscal en materia de defensa de los derechos de los menores se ve reforzada en esta Ley ya que su legitimación no es subsidiaria ante la carencia de representación legal del menor, sino concurrente con ésta, e incluso, en contraposición a la misma<sup>356</sup>.

### **A. Localización**

El menor extranjero es localizado normalmente por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (CFSE) aunque puede serlo también por particulares o personal de Organizaciones no Gubernamentales (ONG). En ocasiones, son los mismos menores los que acuden a los servicios sociales de los Ayuntamientos o de las Comunidades Autónomas e, incluso, a la policía<sup>357</sup>.

---

p. 68. “A través de los relatos obtenidos en las entrevistas (particularmente con ex menores de origen subsahariano), se ha podido identificar un patrón de acogida de los menores no acompañados inadecuado, que da lugar en la práctica a las situaciones de desprotección identificadas. Este proceso está constituido por las siguientes fases: (I) Ingreso del menor no acompañado en un centro de internamiento de extranjeros (CIE) a su llegada y puesta en libertad tras un periodo máximo de 60 días; (II) Corto periodo de tiempo de acogida en un programa de recursos residenciales de una ONG o de manera informal con iguales/ familiares/ amigos; (III) Identificación como menor y acceso a los servicios de protección de menores; (IV) Ingreso en un centro de primera acogida; (V) Práctica de las pruebas de determinación de la edad, resultando siempre una estimación de la edad de los informantes superior a los dieciocho años; (VI) Exclusión del sistema de protección y retención, por parte de las autoridades, de los documentos de identificación bajo un supuesto delito de falsificación documental; y (VII) Acceso a un programa de acogida para adultos de una ONG”.

<sup>355</sup> Cabedo Mallol, V. (09 de Abril de 2010). Los menores inmigrantes no acompañados y su régimen jurídico. *IV Simposio Internacional de Inmigración. Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia*. Valencia , Valencia , España: Fundación Ciudadanía y Valores. p.3.

<sup>356</sup> Carbonell Benito, G. (2009). *El interés del menor: Criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor de Menor y del Ministerio Fiscal*. Valencia : Tirant Lo Blanch. p. 148.

<sup>357</sup> Cabedo Mallol, V. (09 de Abril de 2010). Los menores inmigrantes no acompañados y su régimen jurídico. *IV Simposio Internacional de Inmigración. Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia*. Valencia , Valencia , España: Fundación Ciudadanía y Valores. p. 5.

La LOPJM establece “la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos”.

Es importante que una vez localizado, el menor sea adecuadamente identificado, para poder hacerle el seguimiento debido, no desaparezca sin dejar rastro y se pierda fuera del sistema de protección con el riesgo de caer en la delincuencia, en manos de bandas organizadas u otros peligros<sup>358</sup>.

Una vez que el menor es localizado se debe proceder a prestarle la ayuda que precise por los servicios correspondientes de atención de menores y se pondrá el hecho, de inmediato, en conocimiento del Ministerio Fiscal que dispondrá lo conveniente para la determinación de su edad, colaborando, con carácter prioritario, las instituciones sanitarias competentes<sup>359</sup>.

En caso de duda, se debería tratar al extranjero como menor de edad durante el proceso de acogida ya que se presume que lo es hasta que se dicte la resolución definitiva, especialmente en los casos de menores que necesiten protección internacional, pues los que se encuentran en esa situación pueden correr riesgos si son víctimas de las redes de traficantes de personas<sup>360</sup>.

---

<sup>358</sup> VV.AA. (Diciembre de 2008). *Informe monográfico a la Junta General del Principado de Asturias. La protección de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Procuradora General del Principado de Asturias: <http://www.integralocal.es/upload/File/Informe%20monogr%C3%A1fico%20elaborado%20por%20la%20Procuradora%20General%20del%20Principado%20de%20Asturias%20sobre%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20menores%20extranjeros%20no%20acompa%C3%B1ados%20en%20Asturia.pdf> p. 170.

<sup>359</sup> VV.AA. . (s.f.). *Síndic de Greuges. Resolución sobre el proceso de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 30 de Abril de 2014, de Sindic Cataluña: [www.sindic.cat/.../RESOLUCIÓ%20SOBRE%20EL%20Proceso%20deter](http://www.sindic.cat/.../RESOLUCIÓ%20SOBRE%20EL%20Proceso%20deter)

p. 2. La Ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LODILE), establece en el artículo 35 que “3. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”.

<sup>360</sup> VV.AA. (17 de Junio de 2013). *Recomendación General del Ararteko 5/2013, de 17 de junio. Garantías en al atención a los menores/jóvenes extranjeros no acompañados*. Recuperado el 30 de Abril de 2014, de Ararteko: [http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_3081\\_3.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3081_3.pdf)

El actual Reglamento de Extranjería (RELOEX), aprobado por RD 557/2011, parte de la localización de un extranjero “cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física”, que será puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores y se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Si la minoría de edad del extranjero indocumentado no puede ser establecida con seguridad, las FCSE informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que le presten la debida atención, y lo comunicarán al Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo de tiempo más breve posible, la determinación de su edad, con la colaboración de las instituciones sanitarias que realizarán las pruebas necesarias con carácter prioritario y urgente (art. 190.1 RELOEX).

El RELOEX incorpora las siguientes disposiciones: la inscripción de los datos de identificación del menor en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (RMENA), (art. 190.1. RELOEX); la comunicación de la localización del extranjero, menor o posible menor, al Delegado o Subdelegado del Gobierno (Delegado del Gobierno en adelante) correspondiente (art. 190.1. RELOEX); la adopción, por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, de un Protocolo Marco de MENAS destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del extranjero, continuando por su identificación, determinación de su edad, hasta la puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación (art. 190.2 RELOEX). El RMENA y el Protocolo Marco son factores determinantes para realizar la adecuada “trazabilidad del

---

p. 2. "En particular, debe tenerse en cuenta que en el supuesto de que existan indicios de trata de seres humanos, el artículo 10.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Varsovia, 2005), establece que, en caso de que no exista seguridad sobre la edad de la víctima, y cuando existan razones para creer que se trata de un menor, tendrá la consideración de tal y se le concederán medidas de protección específicas a la espera de que se pueda comprobar su edad. Así mismo, en el art. 13.2 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo prevé: *“Los Estados miembros garantizarán que, cuando la edad de una persona que haya sido víctima de la trata de seres humanos sea incierta y existan razones para creer que es un menor, sea considerada como tal a fin de que pueda recibir inmediatamente asistencia, apoyo y protección de conformidad con los artículos 14 y 15”*.

menor” y contribuir a evitar que se fugue del centro o se pierda fuera del sistema de protección<sup>361</sup>.

En la Cuarta Parte, volveremos sobre el Registro, trazabilidad y seguimiento del MENA, por ser factor esencial para la efectividad del sistema de protección del MENA. Diremos aquí que las comunidades autónomas son responsables de que sus servicios de asistencia elaboren el Plan de caso<sup>362</sup> individualizado para cada MENA y la identificación del menor; y que a la Administración del Estado compete la gestión del RMENA. Todas estas actuaciones comienzan desde el momento en que el menor es localizado en territorio nacional<sup>363</sup>.

## **B. Identificación del inmigrante como menor de edad**

La finalidad que pretende la determinación, con seguridad, de la edad de un extranjero es que reciba la atención y la protección jurídica que le corresponda como mayor o como menor de edad.

La determinación de la edad del inmigrante es factor fundamental ya que, si bien como menor de edad es merecedor de especial protección, también es cierto que, como extranjero, su situación ha de ser objeto de

---

<sup>361</sup> Fuentes Sánchez, R. (2014). Menores Extranjeros No Acompañados [MENA]. *AZARBE. Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* nº 3, pp. 105-111.

p.107: La gestión del RMENA siempre ha estado gestionado por la Dirección General de la Policía en coordinación con la Fiscalía General del Estado, con efectos exclusivos de identificación.

<sup>362</sup> VV.AA. (2004). *Departamento de Asuntos Sociales. Guía de actuación para los Servicios Sociales dirigidos a la infancia en el Territorio Histórico de Álava*. Recuperado el 09 de Diciembre de 2014, de Diputación Foral de Álava: <https://www.alava.net/cs/Satellite?...cast>.

p. 137. Plan de caso. Documento que recoge las principales decisiones, tras realizar la valoración inicial del menor, que tiene como objeto establecer las líneas de su protección, acogida e integración.

<sup>363</sup> Cabedo Mallol, V. (09 de Abril de 2010). Los menores inmigrantes no acompañados y su régimen jurídico. *IV Simposio Internacional de Inmigración. Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia*. Valencia, Valencia, España: Fundación Ciudadanía y Valores.

p. 7. Por lo que respecta a averiguar la identidad del menor y sus circunstancias personales y socio-familiares, el art. 35.5 LOEX, prevé que la Administración del Estado solicite informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática de su país. El art. 35.10 prescribe que los CFSE “adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección”. Es la Comisaría General de Extranjería y Documentación la encargada de realizar las pesquisas tendentes a averiguar la identidad y las circunstancias personales y socio- familiares del MENA.



regulación por la normativa de extranjería y, por tanto, sometida al control de los flujos migratorios. No obstante ante esta doble condición, queda claro en nuestro Ordenamiento la prevalencia de la minoría de edad<sup>364</sup>.

En el caso de que la persona localizada esté en posesión de documento acreditativo de su identidad, se tomará la que figure en el documento para determinar su edad. Si se sospecha de la falsedad del documento aportado, la presunción de veracidad de los mismos deberá ser destruida mediante prueba en contra en sede judicial (Sentencia Juzgado 1ª Instancia de Santander, de 6 de mayo 2004 y Sentencia Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJM núm. 424/2006)<sup>365</sup>.

No obstante, de acuerdo con la Circular 2/2006 de la Fiscalía General de Estado, “cabrá igualmente autorizar las pruebas de determinación de la edad cuando, pese a la exhibición de documentación, ésta presente indicios de falsedad, y simultáneamente existan dudas sobre si el extranjero efectivamente ha alcanzado los dieciocho años”. En todo caso, la responsabilidad de fijar la edad de la persona extranjera recae en el Ministerio Fiscal<sup>366</sup>.

La cuestión de la determinación de la edad del MENA es compleja y tiene consecuencias jurídicas inmediatas. En primer lugar de ella depende que sea tratado como un inmigrante mayor de edad en situación irregular sujeto a la normativa de extranjería, lo que constituye una infracción grave que podría ser sancionada con la expulsión del territorio nacional, o como menor de edad que, ante todo, es objeto de protección y sujeto de los derechos que a los menores corresponde por la normativa nacional e internacional. Su condición de menor, si está unida a la ausencia de persona mayor responsable de su cuidado,

---

<sup>364</sup> Sánchez Jiménez, M. Á. (2010). Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados. *Fundación Mariano Ruíz Funes*, pp. 119-143. p. 120.

<sup>365</sup> VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación. p. 95. Sentencia Juzgado 1ª Instancia de Santander, de 6 de mayo 2004 y Sentencia Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJM núm. 424/2006

<sup>366</sup> Cabedo Mallol, V. (09 de Abril de 2010). Los menores inmigrantes no acompañados y su régimen jurídico. *IV Simposio Internacional de Inmigración. Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia*. Valencia, Valencia, España: Fundación Ciudadanía y Valores. p. 5.



puede determinar que se le declare en situación de desamparo y la consiguiente asunción de la tutela por la Administración<sup>367</sup>.

En segundo lugar, el problema de la determinación de su edad no es tarea fácil pues habitualmente entra en el país anfitrión indocumentado y no dispone de pasaporte o documento válido que acredite la misma de forma fehaciente. Por otra parte, los procedimientos utilizados para la determinación de la edad no son exactos y son susceptibles de error, por lo que son muchas las críticas de la doctrina, no solamente por su falta de precisión, sino también porque, como objetan algunos, no se respeta la integridad del menor en su realización.

La FGE, en su consulta 1/2009, define la postura a adoptar si el menor se niega a que se le realice la prueba radiológica para la determinación de la edad. Algunos autores consideran que esta negativa, haría necesaria la intervención del juez mediante resolución motivada que acordara su realización<sup>368</sup>.

El TC en su sentencia 35/1996, de 11 de marzo, admite la práctica de pruebas radiológicas sin contar con el consentimiento del afectado, porque no se vulnera el derecho a la integridad física, debido a la poca intensidad de las radiaciones y al poco tiempo de la exposición. La sentencia no precisa es a quién corresponde autorizar las pruebas, si al Ministerio Fiscal o al Juez<sup>369</sup>.

En la normativa actual no se precisa el tipo de pruebas a realizar para determinar la edad. Solamente indica que colaborarán “las instituciones sanitarias oportunas” para realizar “las pruebas necesarias”, con “carácter

---

<sup>367</sup> López Azcona, A. (2006). *Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 02 de Marzo de 2013, de [www.icam.es/docs/ficheros/200607250008\\_6\\_16.doc](http://www.icam.es/docs/ficheros/200607250008_6_16.doc) p. 5.

<sup>368</sup> Madrigal Martínez-Pereda, C. (s.f.). *La Protección de Derechos Fundamentales Concretos de Personas Menores de Edad*. Recuperado el 13 de Junio de 2014, de Fiscal de Sala Coordinadora de Menores: [www.fiscal.es/.../Satellite?...Consuelo+Madrigal+Martínez-Pereda](http://www.fiscal.es/.../Satellite?...Consuelo+Madrigal+Martínez-Pereda).

p. 16. Para autores como Palma del Teso o Fábrega Ruiz, la negativa del menor a dar su consentimiento a la prueba radiológica haría necesaria la intervención del Juez mediante resolución motivada que acordara su realización, estimando juez competente al de Primera Instancia.

<sup>369</sup> Iglesias Skulj, A. (2012). *La influencia del "interés superior del niño" en los caso de repatriación de menores extranjeros no acompañados en el Estado español*. Recuperado el 13 de Febrero de 2015, de ECRIM. Research group on Delinquency and Criminal Justice in the 21st century University of A Coruña: [www.ecrim.es/publications/2012/InteresNinho.pdf](http://www.ecrim.es/publications/2012/InteresNinho.pdf). p. 12.

prioritario y urgente” (art. 190.1 RELOEX). En Cataluña, se realiza una entrevista y una exploración física del menor. Las pruebas médicas consisten, fundamentalmente, en la radiografía de la muñeca, la ortopantomografía dental y la tomografía computerizada del extremo medial de la epífisis clavicular<sup>370</sup>.

El Departamento de Salud de Cataluña, expone en su informe que “ninguno de estos métodos es óptimo e infalible a la hora de determinar la edad”. La comunidad científica internacional manifiesta el acuerdo de que las pruebas para establecerla presentan márgenes de error significativos. Las conclusiones que formula el Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los MENAS, ratificadas por los directores de los institutos de medicina legal del Estado español, establecen que “la determinación de la edad en menores no acompañados por medio de la estimación de la madurez ósea y la mineralización dental es un método sujeto a grandes márgenes de error”<sup>371</sup>.

Las críticas sobre la poca fiabilidad de las pruebas para determinar la edad del menor suelen apuntar a que aprecian una edad del menor superior a la que ellos manifiestan. No obstante otros opinan lo contrario señalando que la principal crítica a la técnica oseométrica por parte del personal que atiende a los menores inmigrantes es, por regla general, que la edad resultante es inferior en unos dos años a la que posteriormente se comprueba como verdadera<sup>372</sup>.

---

<sup>370</sup> VV.AA. . (s.f.). *Síndic de Greuges. Resolución sobre el proceso de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 30 de Abril de 2014, de Sindic Cataluña: [www.sindic.cat/.../RESOLUCIÓ%20SOBRE%20EL%20Proceso%20deter](http://www.sindic.cat/.../RESOLUCIÓ%20SOBRE%20EL%20Proceso%20deter)

p. 3. La “determinación de la edad por parte de la Fiscalía y de la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia se fundamenta básicamente en las pruebas siguientes:

Radiografía de muñeca (método de *Greulich y Pyle Atlas* 1930) (*Atlas Thiemann-Nitz* 1977)

Ortopantomografía dental para determinar la maduración de los terceros molares (método *Dermijian*)

Tomografía computerizada (TC) del extremo medial de la epífisis clavicular (estadios de *Schmeling*), con la utilización de cortes axiales hasta de alta resolución”.

<sup>371</sup> VV.AA. . (s.f.). *Síndic de Greuges. Resolución sobre el proceso de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 30 de Abril de 2014, de Sindic Cataluña: [www.sindic.cat/.../RESOLUCIÓ%20SOBRE%20EL%20Proceso%20deter](http://www.sindic.cat/.../RESOLUCIÓ%20SOBRE%20EL%20Proceso%20deter) p. 3.

<sup>372</sup> Durán Ruiz, F. J. (01 de Junio de 2007). Las Administraciones Públicas ante los Menores Extranjeros no Acompañados: Entre la Represión y la Protección. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, pp. 1-41.

p.15. La Circular 2/2001 de la Fiscalía General del Estado, diciendo que «Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una

En cuanto a la normativa nacional e internacional sobre la fijación de la edad a la que se alcanza la mayoría de edad, hay unanimidad en que esta sea la de dieciocho años salvo que, por la legislación que le sea aplicable, le corresponda una menor. Por tanto, excepto en este caso, todo extranjero menor de dieciocho años deberá recibir el tratamiento jurídico y la protección que le corresponde al menor de edad<sup>373</sup>.

### C. La intervención del Ministerio Fiscal

Una vez realizadas las pruebas pertinentes para determinar la edad del presunto menor, recae sobre el Ministerio Fiscal la responsabilidad de fijar su edad, incoando el expediente correspondiente. Esta misión, y la directa relación que presenta la edad en la aplicación de las medidas de protección establecidas en el art. 35 LOEX para la iniciación del expediente de repatriación, han conducido a que los distintos aspectos relativos a este trámite hayan sido objeto de un importante número de directrices (circulares, instrucciones y consultas) de la FGE<sup>374</sup>. Efectuadas las pruebas para la determinación de la edad, y recibidos los resultados del centro sanitario, el Ministerio Fiscal ha de dictar la correspondiente resolución motivada, en la que concreta su edad de forma aproximada de acuerdo con las pruebas realizadas (Circular 2/2006)<sup>375</sup>.

---

horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla».

<sup>373</sup> En España, la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años (art. 12.CE). En el ámbito internacional, la CDN dispone que, “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (art. 1). En el mismo sentido que la CDN, el art. 1 de la LOPJM dice que la presente Ley es de aplicación a los menores de dieciocho años “que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”.

<sup>374</sup> Carbonell Benito, G. (2009). *El interés del menor: Criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor de Menor y del Ministerio Fiscal*. Valencia : Tirant Lo Blanch.

p. 148: La LOPJM 1/1996, refuerza la posición del MF en materia de defensa de derechos de menores, su legitimación no se hace subsidiaria ante carencia de representación legal sino concurrente con ésta y hasta pudiéndose ejercitar en contraposición a la misma.

<sup>375</sup> Sánchez Jiménez, M. Á. (2010). Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados. *Fundación Mariano Ruíz Funes*, pp. 119-143. pp. 121-122.

El Ministerio Fiscal, en su decreto de fijación de la edad del menor, decidirá su puesta a disposición de los servicios de protección de menores, y dará conocimiento de ello al Delegado del Gobierno. Además, el menor será inscrito en el RMENA. Por otra parte, “La vaga referencia que introduce este precepto a la puesta a disposición” no aclara la situación del menor a partir del momento en que es llevado al centro de acogida. Lo que procede es la declaración de su situación de desamparo y la asunción de la tutela por la comunidad autónoma (arts. 172.1 CC y 18 LOPJM)<sup>376</sup>.

Si se ha establecido una horquilla de años para la determinación de la edad, se considerará la más baja de la misma si es inferior a dieciocho años. El decreto del Ministerio Fiscal se inscribirá en el Registro de MENAS (art. 190.4 RELOEX 557/2011).

El servicio de protección de menores, una vez que reciba al menor, le informará en un idioma que éste comprenda, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento para solicitarlo, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores, quedando constancia escrita de esta actuación (art. 190.5 RELOEX 557/2011).

#### **D. Integración o repatriación del menor**

El nuevo RELOEX 557/2011 asigna las competencias sobre el procedimiento de repatriación del MENA y las actuaciones previas a las Delegaciones del Gobierno, que serán los Centros directivos competentes para llevar a cabo los trámites de la repatriación del MENA previstos en el art. 35 de la LOEX 2/2009, y en los acuerdos bilaterales suscritos por España sobre la

---

<sup>376</sup> VV.AA. (2009). *Consulta 1/2009 sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 26 de Noviembre de 2013, de Fiscalía General del Estado: [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata...id](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata...id).

p.1. La determinación de la edad del menor es objeto de tratamiento internacional. En la UE, la Resolución del Consejo de la UE de 26 de junio de 1997, art. 3, “sobre garantías mínimas para todos los menores no acompañados establece que *los Estados miembros deberían procurar determinar la identidad del menor lo antes posible tras su llegada, al igual que la circunstancia de que no está acompañado*”.

materia. Incluyen las actuaciones informativas previas y, en su caso, la tramitación y resolución del expediente (art. 191.1 del RELOEX 557/2011)<sup>377</sup>.

a. Período de información. Fase previa

Antes de comenzar el expediente de repatriación se deben recabar los informes sobre las circunstancias familiares del menor<sup>378</sup>. Cuando el domicilio del Centro directivo (Delegación o Subdelegación del Gobierno) que inicie el procedimiento no coincida con el del menor, el Centro lo comunicará a la Delegación del Gobierno en que esté ubicada la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia o guarda (art. 191.2 RELOEX 557/2011). La Delegación del Gobierno solicitará los informes a la representación diplomática del país de origen del menor, a través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. Si dicho país no tiene representación diplomática en España, la solicitud será tramitada a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios. De estas actuaciones se dará cuenta a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y, en su caso, a la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios (art. 191.3 RELOEX 557/2011).

Además del informe anterior, la Delegación del Gobierno pedirá informes a la entidad responsable del menor, a la Administración autonómica en la que el menor tenga su domicilio, y a la del territorio en que esté ubicada la entidad responsable del menor (art. 191.4 RELOEX 557/2011).

El Comité de los Derechos del Niño señala “la necesidad de la determinación prioritaria de la condición de menor, de la identificación más completa posible y de la constatación de las razones de la separación” y su vulnerabilidad en caso de reintegración familiar, “destacando particularmente la

---

<sup>377</sup> Iglesias Skulj, A. (2012). *La influencia del "interés superior del niño" en los caso de repatriación de menores extranjeros no acompañados en el Estado español*. Recuperado el 13 de Febrero de 2015, de ECRIM. Research group on Delinquency and Criminal Justice in the 21st century University of A Coruña: [www.ecrim.es/publications/2012/InteresNinho.pdf](http://www.ecrim.es/publications/2012/InteresNinho.pdf) p. 14.

<sup>378</sup> Cabedo Mallol, V. (2006). *La protección y la integración de los menores extranjeros no acompañados*. Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriό nº 56. pp. 81-95. p. 86. La finalidad de esta fase de información es obtener los elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión sobre el futuro del menor inmigrante; su repatriación a su país de origen o su permanencia en España.



necesidad de proveer de documentación al menor, la búsqueda activa de parientes o miembros de la comunidad a la que pertenece, el intento de reunificación cuando proceda” y el apoyo para conservar sus tradiciones<sup>379</sup>.

La actuación de la Administración Pública es la clave de todo el procedimiento, que conforme al principio de reagrupación familiar y recibidos los informes de todos los agentes implicados, resolverá lo que proceda: la repatriación del menor a su país de origen, a aquél en que se encuentren sus familiares o su permanencia en España<sup>380</sup>.

Es la Administración del Estado la responsable de averiguar la identidad, circunstancias personales, familiares y sociales del menor inmigrante, y disponer todos los datos necesarios a tal efecto, para lo que utilizará todos los medios que precise. La Administración autonómica tutora del menor deberá colaborar con la Administración del Estado facilitándole toda la información que disponga sobre el menor<sup>381</sup>.

La solicitud de información sobre la familia del menor y circunstancias familiares tiene relevancia esencial en cuanto que condiciona la posterior decisión sobre la procedencia de la repatriación del menor, por lo que reviste el carácter de condición *sine qua non* para la validez del proceso. En caso de recurso del expediente de repatriación, el Tribunal puede anular la resolución de repatriación del menor si la preceptiva solicitud de información no ha sido realizada<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup> Madrigal Martínez-Pereda, C. (s.f.). *La Protección de Derechos Fundamentales Concretos de Personas Menores de Edad*. Recuperado el 13 de Junio de 2014, de Fiscal de Sala Coordinadora de Menore: [www.fiscal.es/.../Satellite?...Consuelo+Madrigal+Martínez-Pereda](http://www.fiscal.es/.../Satellite?...Consuelo+Madrigal+Martínez-Pereda).

p. 12. Observación General nº 6 (2005), del Comité de Derechos del Niño sobre el *Trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*.

<sup>380</sup> García Vázquez, S. (2004). El régimen jurídico del menor inmigrante. *Anuario da Facultade de Dereito. Universidad de La Coruña*, pp. 423-450.

p. 432-434. Si no se tiene conocimiento de la identidad del menor y de sus circunstancias familiares y sociales, no se puede iniciar el procedimiento de repatriación ni intentar su reagrupación familiar o la medida conforme a su interés superior.

<sup>381</sup> Durán Ruiz, F. J. (01 de Junio de 2007). Las Administraciones Públicas ante los Menores Extranjeros no Acompañados: Entre la Represión y la Protección. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, pp. 1-41. p. 25.

<sup>382</sup> Sánchez Jiménez, M. Á. (2010). Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados. *Fundación Mariano Ruíz Funes*, pp. 119-143. p. 127.



El modelo de solicitud de informe se elaborará conjuntamente por las Secretarías de Estado de Inmigración y Emigración, y la de Seguridad. Se solicitarán los datos sobre la filiación del menor, las circunstancias sociales y familiares de su entorno y otros. En caso de que la representación diplomática del país de origen sustituya la información familiar por la de los servicios de protección del menor, debe hacer constar por escrito el compromiso expreso de la autoridad competente del país de origen de asumir la responsabilidad del menor (art. 191.5 RELOEX 557/2011)<sup>383</sup>.

#### b. Inicio del procedimiento de repatriación

Una vez realizado el trámite previo tras haber oído al menor, si tiene suficiente juicio, el Delegado del Gobierno competente acuerda la incoación del procedimiento de repatriación del menor si, conforme con el principio del interés superior del menor y los informes solicitados, el retorno a su familia o su acogida en los servicios de protección del país de origen, es lo más conveniente para el menor (art. 192.1 RELOEX 557/2011)<sup>384</sup>.

La omisión del trámite de la audiencia del menor, o su realización ante el órgano no competente, invalida el procedimiento de repatriación pues, además del derecho a la tutela judicial efectiva de los menores en los supuestos judiciales, art. 24.1 CE, la audiencia del menor es reconocida en el art. 12 de la CDN: se dará oportunidad al niño de ser escuchado en los procedimientos judiciales o administrativos que le afecten; en el art. 24.1 CDFUE: “los niños [...] podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que los afecten, en función de su edad y madurez”; y en el art. 2

---

<sup>383</sup> Bravo Rodríguez, R. M. (27 de Octubre de 2005). *La situación de menores no acompañados en España*. Recuperado el 07 de Diciembre de 2013, de Consejo de Europa: [http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/MG-RCONF\\_2005\\_11](http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/MG-RCONF_2005_11)

p.14. La indentificación del MENA es una tarea difícil ya que “la mayoría de los menores llegan indocumentados y, frecuentemente, ocultan su identidad para evitar posibles repatriaciones, no facilitando datos correctos sobre la misma. Algunos menores se registran con distintos nombres en varios Registros de las Comunidades Autónomas por las que desplazan”.

<sup>384</sup> Durán Ruiz, F. J. (2009). *Los convenios internacionales suscritos por España en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados*. En Barranco Vela, R., *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes* (págs. pp. 133-168). Granada: Comares. p. 147.

LOPJM: “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretan de forma restrictiva”<sup>385</sup>.

El acuerdo de incoación de expediente será comunicado al menor, al Ministerio Fiscal y a la entidad responsable de su custodia. Las incidencias que se produzcan en el procedimiento se remitirán también al Ministerio Fiscal<sup>386</sup>. Al mismo tiempo, el menor será informado por escrito, de forma fehaciente y en lengua que entienda, de los antecedentes de la incoación del procedimiento y de los derechos que le asisten, por medio de un intérprete si no comprende o no habla el idioma español (art. 192.2 RELOEX 557/2011).

#### c. Alegaciones y determinación del período de prueba

Tras las comunicaciones se inicia el período de prueba de diez días hábiles de duración en el que el menor, la entidad responsable del menor y el Ministerio Fiscal podrán efectuar las alegaciones oportunas o proponer las pruebas pertinentes sobre los hechos alegados.

El menor podrá intervenir en esta fase por sí mismo o a través del representante que designe si tiene dieciséis años. Si no tiene esta edad, será representado por la entidad responsable del menor, pero, si manifiesta una voluntad contraria a la de esta entidad, se suspenderá el curso del procedimiento hasta que se le nombre defensor judicial. Se entenderá que el menor tiene juicio suficiente si es mayor de doce años, sin perjuicio de que se

---

<sup>385</sup> Fábrega Ruiz, C. (2011). La audiencia y la legitimación de los menores inmigrantes no acompañados en los expedientes de repatriación. Crónica de un camino jurisprudencial. *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 865-871). Granada: Instituto de Migraciones. García Castaño, F. J. y Kressova, coordinadores.

p. 865. En la STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 5, el Tribunal señala que la decisión de inadmisión impugnada ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE. En el mismo sentido, en la STC 184/2008, de 22 de diciembre, FJ 4, señala en este caso el Tribunal, que tal como sostiene el Ministerio Fiscal, la decisión de inadmisión impugnada ha vulnerado el derecho de la asociación recurrente a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE.

<sup>386</sup> Torres Fernández, M. E. (2012). *La Expulsión de Extranjeros en Derecho Penal*. Madrid: La Ley.

p. 182. La Circular 2/2006 de la FGE, señala que el MF deberá comprobar que: “se han realizado con resultado positivo las gestiones tendentes a la localización de la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables del menor; que se ha adjuntado el informe de la entidad pública de protección de menores, que se ha dado audiencia al menor y que no se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor; de su persecución o la de sus familiares”.

le pueda apreciar tal grado de madurez a una edad inferior<sup>387</sup>. El nombramiento de defensor judicial podrá ser instado por el Ministerio Fiscal, el menor o cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio (art. 193.1 RELOEX 557/2011)<sup>388</sup>.

Durante esta fase de alegaciones, la Delegación del Gobierno recabará informes del servicio público de protección de menores sobre la situación del menor en España, así como cualquier otro tipo de información sobre la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio cuando no haya sido presentada anteriormente (art. 193.2 RELOEX 557/2011).

Si los hechos alegados por el menor, su representante legal o la entidad responsable presentan relevancia decisiva para la adopción del acuerdo de repatriación, el instructor del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, acordará la apertura de un período de prueba por un plazo de diez a treinta días para que se puedan practicar las que sean pertinentes. Durante este período, el instructor del procedimiento podrá suspender el transcurso del plazo para su resolución el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente (art 193.3 RELOEX 557/2011).

El instructor del procedimiento remitirá la documentación del expediente al Ministerio Fiscal, que emitirá informe a la mayor brevedad posible (art 193.4 RELOEX 557/2011)<sup>389</sup>.

---

<sup>387</sup> STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3.” la capacidad procesal de los menores de edad para impugnar judicialmente decisiones que afecten a su esfera personal —que aparece regulada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el art. 18 de su Ley reguladora (LJCA) al señalar que tienen esa capacidad «los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela».

<sup>388</sup> La STC 183/2008, de 22 de diciembre, reitera que el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la CDN y que en nuestro Ordenamiento, el art. 9 LOPJM 1/1996, reconoce el derecho de éste a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (por todas, STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7).

<sup>389</sup> Torres Fernández, M. E. (2012). *La Expulsión de Extranjeros en Derecho Penal*. Madrid. La Ley.

p. 181. Circular 2/2006 de la FGE. En cuanto al contenido mínimo exigido por el ordenamiento de una decisión de repatriación y los aspectos que hay que incluir en ella, la Circular 2/2006,

Es positiva, con respecto a la anterior Ley de extranjería, la modificación introducida por la LOEX 2/2009 al establecer el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, además del de la entidad protectora. La Ley anterior sólo contemplaba el último, lo que elimina el monopolio de función consultiva que ostentaba la entidad pública de protección de menores<sup>390</sup>.

#### d. Trámite de audiencia y resolución del procedimiento

El Delegado del Gobierno, incorporados al expediente los informes (arts. 190 y 191 RELOEX 557/2011) y los resultados de las pruebas practicadas, si las hubiera, iniciará el trámite de audiencia, al que serán convocados el Ministerio Fiscal, el tutor, el defensor judicial o representante del menor, y se garantizará la presencia del menor que tuviera juicio suficiente, para que manifieste lo que considere oportuno sobre su repatriación (art.194.1 RELOEX 557/2011)<sup>391</sup>.

Tras el trámite de audiencia, el Delegado del Gobierno resolverá si el menor es repatriado (a su país de origen, al que residan sus padres o es puesto a la disposición de los servicios de protección de su país de origen), o si permanece en España, conforme al principio del interés superior del menor. La resolución pone fin a la vía administrativa, se le dará constancia en el Registro de MENAS y se notificará en el plazo de diez días, al menor o su representante y al Ministerio Fiscal. El Delegado del Gobierno hará constar, en la resolución o en documento aparte, la necesidad de solicitar el reconocimiento del derecho

---

señala que el MF habrá de comprobar que: “se han realizado con resultado positivo gestiones tendentes a la localización de la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables del menor; que se ha adjuntado el informe de la entidad pública de protección de menores, que se ha dado audiencia al menor y que no se hubiera verificado la existencia de riesgo para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares”.

<sup>390</sup> Sánchez Jiménez, M. Á. (2010). Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados. *Fundación Mariano Ruíz Funes*, pp. 119-143. p. 131.

<sup>391</sup> Trinidad Núñez, (2010). Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los Menores extranjeros separados o no acompañados. En A. L. Delaygua, *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales* (pp. 239-274). Marcial Pons. p. 22. Es en esta fase donde fundamentalmente tienen cabida los convenios bilaterales sobre menores extranjeros no acompañados que pretenden garantizar el retorno de los menores a los estados con los que se han celebrado hasta la fecha, con la colaboración de estos últimos, que tienen por objeto lograr la máxima efectividad del procedimiento y que permita la asistencia en el retorno del mayor número de MENAS posible.

de asistencia jurídica gratuita para ejercerlo, en caso de que se quiera impugnar la resolución en vía contencioso administrativa (art. 194.2 RELOEX 557/2011)<sup>392</sup>.

El interés superior del menor, establecido en el art. 3.1 de la CDN y en el art. 2 de la LOPJM, se identifica, por regla general, con la permanencia del menor con su familia y en el ámbito cultural de procedencia. Así lo expone la Resolución del Consejo de la UE y lo señala la jurisprudencia de los tribunales. No obstante, la preferencia por el reagrupamiento familiar debe hacerse con todas las garantías sin exponer al menor a un incierto futuro. En síntesis, con la finalidad de reagrupación familiar, se debe intentar la repatriación del menor con su familia respetando todas las garantías que se le reconocen en la legislación de extranjería<sup>393</sup>.

En el supuesto que el menor que está bajo la tutela de la Administración, con juicio suficiente para adoptar decisiones por sí mismo, no comparta los criterios de su tutor legal que supongan su repatriación en contra de su voluntad y con riesgo de su vida o integridad física, es necesario que se le

---

<sup>392</sup> Durán Ruiz, F. J. (2009). *Los convenios internacionales suscritos por España en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados*. En R. Barranco Vela, *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes* (págs. pp. 133-168). Granada: Comares.

p. 147: En el trámite de audiencia es preceptiva la presencia del menor, cuya ausencia ha motivado la anulación de varias decisiones de repatriación de MENAS, por parte de los tribunales. Entre ellas: La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 20 de Madrid, de 4 de diciembre de 2007, anulaba la resolución de repatriación y ejecución del Delegado de Gobierno de Madrid, en el caso de repatriación de menor marroquí. La Sentencia del Juzgado nº 1 de Huesca, de 13 de octubre de 2006, que anula la resolución de repatriación de menor, por la ausencia del menor en el trámite de audiencia.

<sup>393</sup> Fernández Aparicio, J. M. (2008). *La protección de los menores en España*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLI, núm. 123, pp. 1233-1258.

p. 1255. Resolución del Consejo de la UE, de 26 de junio de 1997, "la presencia irregular en el territorio de los Estados miembros de menores no acompañados que no tengan la consideración de refugiados debe tener carácter provisional y los Estados miembros deben procurar cooperar entre sí y con los países terceros de procedencia para devolver al menor a su país de origen o al un país tercero dispuesto a admitirlo, sin poner en riesgo la seguridad del menor, [...]".

Jurisprudencia del TC, SSTC 124/2002, de 20 de mayo, 221/2003, de 25 de noviembre; del TS, SSTS 415/2000, de 24 de abril, 548/1998, de 11 de junio; y del TEDH, SSTEDH caso E. P. contra Italia, de 16 de noviembre de 1999, caso *Bronda* contra Italia, de 9 de junio de 1998.



nombre un asesor judicial para defender sus intereses. El juez, con la intervención del Ministerio Fiscal y el tutor, adoptará la decisión que proceda<sup>394</sup>.

Durante el trámite de audiencia del menor en la resolución del procedimiento de repatriación, art. 194.1 RELOEX, es preceptivo que el menor sea oído por el Delegado del Gobierno. Esta audiencia del menor no puede considerarse ya efectuada por otras anteriores ante los servicios autonómicos de protección del menor, en las que haya manifestado su voluntad sobre permanecer en España o regresar a su país, como ha sido establecido por la jurisprudencia<sup>395</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia del TC, durante todo el procedimiento el niño debe tener garantizada asistencia jurídica independiente de la Administración. Ello implica que cualquier medida adoptada en este procedimiento debe verificarse con las garantías debidas y, en particular, con asistencia jurídica independiente de la Administración, en aras de ver satisfecha su garantía de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)<sup>396</sup>.

En cuanto a la decisión entre la repatriación con su familia o la permanencia del menor en España, habrá que tener en cuenta cuál será el mejor ambiente para el desarrollo y formación del menor a largo plazo bajo un

---

<sup>394</sup> Durán Ruiz, F. J. (2009). *Los convenios internacionales suscritos por España en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados*. En R. Barranco Vela, *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes* (pp. 133-168). Granada: Comares.

p. 148. El Auto del Juzgado de los Contencioso –Administrativo núm. 14 de Madrid, nombre Defensor Judicial de un menor, el el procedimiento de oposición frente a la resolución de repatriación del menor, en la que el Juez “a la vista de las circunstancias, se invitó a las partes a ilustrarle (al menor) acerca de la posibilidad del nombramiento de Defensor Judicial del menor, dados los intereses en conflicto puesto de manifiesto entre el menor y la entidad que ostenta su tutela”.

<sup>395</sup> Sánchez Jiménez, M. Á. (2010). Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados. *Fundación Mariano Ruíz Funes*, pp. 119-143.

p. 131. SJCA núm.25 Madrid, 6 noviembre 2006 (núm.269/06) ; SJCA núm.14 Madrid, 25 septiembre 2006 (núm. 359/06); SJCA núm.20 Madrid, 4 diciembre 2007 (núm.153/07); STSJ País Vasco (Sala de lo CA, Secc.2ª), 14 febrero 2008 (JUR/2008/174126); SJCA núm.14 Madrid, 29 septiembre 2008 (Proc.869/2006); STSJ Madrid (Sala de lo CA, Secc.1ª), 2 octubre 2008 (JUR/2009/27456); STSJ Madrid (Sala de lo CA, Secc. 5ª), 26 abril 2007 (JUR/2007/230287); STSJ Madrid (Sala de lo CA, Secc.3ª), 10 marzo 2009.

<sup>396</sup> Iglesias Skulj, A. (2012). *La influencia del "interés superior del niño" en los caso de repatriación de menores extranjeros no acompañados en el Estado español*. Recuperado el 13 de Febrero de 2015, de ECRIM. Research group on Delinquency and Criminal Justice in the 21st century University of A Coruña: [www.ecrim.es/publications/2012/InteresNinho.pdf](http://www.ecrim.es/publications/2012/InteresNinho.pdf). p. 15.



punto de vista objetivo. En conclusión, la repatriación de los menores a su país de origen sólo procederá en aquellos casos en que, tras valorar detenidamente las circunstancias familiares y sociales del menor, se acreditara que lo más conveniente para él es regresar a su país con su familia. En caso contrario, habría que optar por la permanencia del menor en España<sup>397</sup>.

El resultado del procedimiento en el que está incurso el menor extranjero no acompañado en situación irregular puede tener uno de estos resultados: la repatriación del menor con su familia, la entrega a los servicios de protección de su país de origen o la permanencia en España. En ningún caso son aplicables las medidas establecidas en la LOEX 2/2009 para los extranjeros mayores de edad como la expulsión (art. 57), devolución (art. 58.3), o la denegación de entrada (art. 60). Cualquiera de estas tres últimas medidas supondría el abandono del menor, lo que entraría en contradicción con su interés superior<sup>398</sup>.

Caso diverso, que no responde a las motivaciones y características de los MENAS, es el de los menores procedentes de países europeos, especialmente menores de origen británico y alemán, que se han fugado de su casa<sup>399</sup>.

La anterior Ley de Extranjería establecía, art.35, que la Administración del Estado resolverá el problema “conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores”

---

<sup>397</sup> Durán Ruiz, F. J. (01 de Junio de 2007). *Las Administraciones Públicas ante los Menores Extranjeros no Acompañados: Entre la Represión y la Protección*. Recuperado el 27 de Junio de 2014, de Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada: <http://www.refdugr.com/documentos/articulos/4.pdf> p. 32.

<sup>398</sup> Sánchez Jiménez, M. Á. (2010). Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados. *Fundación Mariano Ruíz Funes*, pp. 119-143. p. 128.

<sup>399</sup> Durán Ruiz, F. J. (01 de Junio de 2007). *Las Administraciones Públicas ante los Menores Extranjeros no Acompañados: Entre la Represión y la Protección*. Recuperado el 27 de Junio de 2014, de Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada: <http://www.refdugr.com/documentos/articulos/4.pdf>

p. 27. Según Moreno Torres, en el caso de los menores británicos y alemanes, estos MENAS aducen, en el procedimiento de protección, razones de aventura o desavenencias familiares puntuales para justificar su presencia en España. Establecido comunicación con la correspondiente representación diplomática del país de procedencia, se establece contacto con la familia del menor, o los servicios de protección de menores del país, para formalizar la petición de repatriación del menor, mediante reagrupamiento familiar o acogida en los servicios de protección de menores.

para decidir “sobre el retorno a su país de origen [...] o, en su defecto, sobre su permanencia en España”<sup>400</sup>.

El art. 35.5 de la actual Ley de Extranjería 2/2009 establece un procedimiento más complejo y con plena garantía jurídica. Previa a la decisión de iniciación del procedimiento de repatriación, la “Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen”. Tras oír al menor, si tiene suficiente juicio, y ver los informes de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resuelve lo procedente “sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España”.

El requerimiento de la audiencia del menor, la intervención del Ministerio Fiscal y la del centro de acogida confieren al proceso de repatriación una mayor garantía, que se ve incrementada con necesidad de asegurar que el menor será acogido en su país de origen, bien por su familia o por los servicios de protección de menores. La “repatriación es la primera opción cuando un menor extranjero no acompañado es detectado en España”, que se deberá realizar, no obstante, con las debidas garantías jurídicas<sup>401</sup>.

El actual Reglamento de Extranjería (RELOEX 557/2011) supone una mejora sustantiva respecto al anterior (RELOEX 2393/2004) y, sobre todo, una mayor garantía jurídica para los MENAS pero, alguna de sus disposiciones, especialmente las referentes al procedimiento de repatriación, requieren el desarrollo administrativo necesario para llevarlas a efecto (Solicitud de los informes por la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la situación familiar del menor, a su país de origen y al centro de acogida). Así lo hace

---

<sup>400</sup> Lázaro González, Isabel E. y Monroy Arambarri, Beatriz. (2010). *La situación actual de los menores extranjeros no acompañados en España*. Madrid: Tecnos. p. 28.

<sup>401</sup> Goenechea Permisán, C. (19 de Junio de 2006). *Menores inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad*. Recuperado el 29 de Abril de 2014, de Universidad Complutense de Madrid: [web.caib.es/Documentacio/jornades/Web\\_I\\_Cong.../menors2.pdf](http://web.caib.es/Documentacio/jornades/Web_I_Cong.../menors2.pdf)

p. 4. “La repatriación es la primera opción cuando un menor extranjero no acompañado es detectado en España, aunque su realización práctica conlleva una serie de dificultades que hacen que en la mayoría de los casos no sea viable. La legislación establece que los menores extranjeros sólo pueden retornar a su país de origen si se reintegran a su familia o a un centro de protección estatal”.

constar el Síndic de Greuges de la Comunidad Autónoma de Valencia en su informe de julio de 2012, un año después de la entrada en vigor del Reglamento<sup>402</sup>.

La posibilidad de existencia de riesgo o peligro para la integridad física del menor o persecución de éste o de sus familiares es aspecto importante que se tendrá en cuenta antes de adoptar la decisión sobre el menor, en cuyo caso no será procedente la repatriación (art. 92.4 RELOEX). En ausencia de esta evaluación de riesgos, habría que oponerse a la ejecución de la repatriación solicitando el abogado del menor, en su caso, la anulación de la orden correspondiente<sup>403</sup>.

## **E. Ejecución de la repatriación**

Conviene resaltar que, sin perjuicio de las funciones que le corresponden al Cuerpo Nacional de Policía, el menor será acompañado por personal de los servicios de la comunidad autónoma responsable del menor, hasta el momento en que sea puesto a disposición de las autoridades competentes de su país de origen (art. 195.1 RELOEX 557/2011). Por otra parte, el coste de la repatriación será a cargo de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país<sup>404</sup>.

Si el menor está incurso en proceso judicial, acreditado en el expediente de repatriación, la ejecución de la misma estará condicionada a la autorización

---

<sup>402</sup> VV.AA. (25 de Julio de 2012). *Menores Extranjeros no Acompañados*. Recuperado el 17 de Mayo de 2014, de Síndic de Greuges Comunitat Valenciana: <http://www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf>

p 26. "Dado que del presente informe se desprende que no han sido elaboradas, por la Administración/es del Estado con competencia en la materia, las Instrucciones necesarias, para que desde las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno se aplique lo dispuesto en el Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la ley orgánica 2/2009, se procede a dar traslado del mismo al Defensor del Pueblo de España solicitando se realicen las actuaciones oportunas para la subsanación de lo indicado".

<sup>403</sup> Sánchez Jiménez, M. Á. (2010). Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados. *Fundación Mariano Ruíz Funes*, pp. 119-143. pp. 134-135.

<sup>404</sup> VV.AA. (Julio de 2013). *Protocolo de actuación institucional para la atención en la Comunitat Valenciana, de menores extranjeros en situación irregular indocumentados o cuya documentación ofrezca dudas razonables sobre su autenticidad*. Recuperado el 03 de Enero de 2015, de Comunitat Valenciana. Consellería de Bienestar Social: [www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf](http://www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf) p. 16.

del juez. En el expediente deberá constar la comunicación al Ministerio Fiscal (art. 195.2 RELOEX 557/2011).

## **F. Residencia del menor**

Una vez acreditada la imposibilidad del retorno del menor con su familia o servicios de protección de su país de origen, o si han transcurrido nueve meses desde su puesta a disposición de los servicios de protección de menores, se le otorgará la autorización de residencia referida en el art. 35.7 de la LOEX 2/2009 y art. 196.1 RLOEX 557/2011. La responsabilidad de la tramitación de la solicitud para la residencia del menor corresponde al organismo que ejerza su tutela, art. 35.7 de la LOEX 2/2009<sup>405</sup>.

La Oficina de Extranjería de la Delegación del Gobierno de la provincia en que esté fijado el domicilio del menor iniciará el procedimiento de autorización de residencia bien de oficio, por orden superior o a instancia de parte. Si fue iniciado de oficio o por orden, la Oficina se lo comunicará al menor a través del servicio de protección de menores que es responsable del mismo, interesando la siguiente documentación que será aportada a la solicitud en todo caso: copia del pasaporte o título de viaje del menor válido en España o, en su caso, cédula de inscripción del menor en vigor; documento acreditativo de competencia de la persona física que interviene en el procedimiento en representación del servicio de protección de menores; y documento acreditativo de la relación de tutela legal, custodia, protección provisional o guarda entre el menor y el servicio de protección de menores (art. 196.2 RELOEX 557/2011).

La Delegación del Gobierno resolverá el procedimiento y se lo notificará al menor en el plazo máximo de un mes, y al Ministerio Fiscal en el plazo de diez días. La Tarjeta de Identidad de Extranjero será solicitada personalmente por el representante del menor en la Oficina de Extranjería correspondiente (art. 196.3 RELOEX 557/2011).

La autorización de residencia tendrá un año de vigencia. La renovación de la autorización de residencia o de la autorización de residencia y trabajo se

---

<sup>405</sup> Sánchez Jiménez, M. Á. (2010). Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados. *Fundación Mariano Ruíz Funes*, pp. 119-143. p. 135.

iniciará de oficio por la Oficina de Extranjería competente. La renovación de la autorización es procedente mientras subsistan las circunstancias que motivaron su concesión inicial (arts. 196.4 y 196.5 RELOEX 557/2011).

El RELOEX 557/2011 ha introducido, además, novedades técnicas que facilitan la comunicación de la Administración con el menor<sup>406</sup>.

Los ANEXOS muestran gráficamente el proceso de acogida del menor.

#### **4. Previsión de reforma de la Ley de Extranjería**

Nuestra Constitución atribuye al Estado, art.149.1.2ª, la competencia exclusiva sobre nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo. No obstante, la estructura descentralizada de la nación española establecida en el art. 2 CE, ha hecho posible que las comunidades autónomas “hayan desarrollado en sus propias normativas el mandato del artículo 39 y vengán desarrollando políticas propias en esta materia”. Todos “los Estatutos de Autonomía han asumido competencias en materia de menores”, bien “de forma expresa” o “dentro de la materia más amplia de asistencia social”. Tras la aprobación de la LOPJM 1/1996, “un buen número de CCAA han ido aprobando leyes” sobre las instituciones tradicionales de protección del menor como las situaciones de riesgo, desamparo y guarda, que fijan la actuación

---

<sup>406</sup> VV.AA. . (s.f.). *Oficina de Extranjería de Barcelona. Principales novedades del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba e Reglamento de de Ley Orgánica 4/2000*. Recuperado el 05 de Mayo de 2014, de Generalitat de Cataluña: [www.gencat.cat/economia/ur/doc/doc\\_40155544\\_1.pdf](http://www.gencat.cat/economia/ur/doc/doc_40155544_1.pdf)

p. 58. Sistema de notificación electrónica de las resoluciones, si el interesado ha indicado este sistema como preferente o haya consentido en su utilización:

Cuando no se hubiera podido practicar la notificación se realizará por anuncio en el Tablón (electrónico) Edictal de Resoluciones de Extranjería. Transcurridos 20 días se entenderá practicada

Legitimación y representación. La exigencia de comparecencia personal se entenderá cumplida con la utilización de firma electrónica, cuando la solicitud se presente por el sujeto legitimado

Cuando las solicitudes se puedan presentar a través de representante la obligación de comparecencia personal en una solicitud de extranjería autenticada electrónicamente se entenderá cumplida cuando exista un Convenio de habilitación para la representación de terceros

Recursos. Las resoluciones en materia de extranjería ponen fin a la vía administrativa, por tanto solo cabrá recurso potestativo de reposición, salvo en los supuestos de denegación de entrada y devolución (alzada)



administrativa en cuanto a la protección de los menores y el ejercicio efectivo de sus derechos en cualquier ámbito<sup>407</sup>.

En virtud de la asunción de competencias administrativas en materia de protección de menores, reflejadas en sus respectivos estatutos de autonomía y, especialmente, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 21/1987, que reconoce explícitamente a las comunidades la competencia en materia de protección de menores, extremo que es reiterado en las Disposiciones Finales 21ª y 22ª de la Ley 1/1996, la mayoría de estos entes autonómicos han dictado su propia normativa sobre la protección de menores como desarrollo o complemento de la citada Ley 21/1987<sup>408</sup>.

La normativa autonómica básica sobre instituciones de protección y tutela de menores en situaciones de riesgo y desamparo, configura un mapa no homogéneo sobre esta materia. Coinciden todas las leyes autonómicas en disponer la asunción de la tutela, por parte de la comunidad, del menor en situación de desamparo<sup>409</sup>.

---

<sup>407</sup> Barber Cárcamo, R. y. (2007). *La nueva legislación riojana sobre defensa y protección del menor*. Anuario Jurídico de La Rioja, nº 12, pp. 36-66. p. 40.

<sup>408</sup> Alonso Sánchez, B. (s.f.). *Protección y Tutela de Menores*. Recuperado el 27 de Mayo de 2015, de Pórtico legal: [http://porticolegal.expansion.com/pa\\_articulo.php?ref=388](http://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=388) p. 3.

<sup>409</sup> Madalen. (29 de Abril de 2008). *Normativa autonómica en materia de protección de menores*. Recuperado el 20 de Marzo de 2015, de WORDPRESS: <https://madalen.wordpress.com/2008/04/29/normativa-autonomica-en-materia-de-proteccion-de-menores/>. p. 2.

Ley 4/1994, de 10 noviembre, de Protección de Menores de **Extremadura**.

Ley 7/1994, de 5 diciembre, de la Infancia de **Valencia**

Ley 1/1995, de 27 enero, de Protección del Menor de **Asturias**

Ley 3/1995, de 21 marzo, de la Infancia de **Murcia**.

Ley 6/1995, de 28 marzo, de garantías de derechos de la infancia y la adolescencia de **Madrid**.

Ley 8/1995, de 27 julio, de Atención y protección de los niños y los adolescentes y modificación de la Ley 37/1991, sobre medidas de protección de los menores desamparados y regulación de la adopción de **Cataluña**

Ley 1/1997, de 7 febrero, Menores de **Canarias**

Ley 3/1997, de 9 junio, de Protección jurídica, económica y social de la familia, infancia y adolescencia de **Galicia**

Ley 1/1998, de 20 abril, de los derechos y la atención al Menor de **Andalucía**

Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de **Castilla-La Mancha**.

Ley 7/1999, de 28 abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia de **Cantabria**

Ley 12/2001, de 2 julio, de la Infancia y Adolescencia de **Aragón**

Ley 14/2002, de 25 julio, de Promoción, atención y protección a la infancia en **Castilla y León**

Ley 3/2005, de 18 febrero, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia del **País Vasco**

Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de Infancia y Adolescencia de **Navarra**

Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de Menores de **La Rioja**



A la falta de armonización normativa se añade la descoordinación en la continuidad de la atención del menor al pasar de una comunidad autónoma a otra. Este problema se evidencia, especialmente, cuando los menores saturan los centros de primera acogida ubicados en Canarias, y se deben ser trasladados a otros centros peninsulares<sup>410</sup>. También, cuando los menores abandonan los centros de acogida y, sin la intervención del sistema de protección, se van a los que les parecen más convenientes a sus intereses, por ejemplo, porque no se realizan repatriaciones. En estos casos los menores pueden estar a merced de normativas y procedimientos diversos con la consiguiente inseguridad jurídica y trato desigual.

Estos efectos negativos se agravan en las autonomías que, a su vez, asignan competencias a sus entes locales. En el caso del País Vasco, es competencia del Gobierno de la comunidad, a través del Departamento de Asuntos Sociales, la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria y el desarrollo de las funciones de planificación general de las actuaciones y de los servicios sociales sobre infancia y adolescencia, y la coordinación de los órganos de las administraciones públicas y de la sociedad civil para lograr una política homogénea. Las diputaciones forales son responsables de la protección de los menores en situación de desamparo y de la gestión de los centros de atención. Los ayuntamientos tienen a su cargo la protección del menor en situación de riesgo<sup>411</sup>.

En España, en el ámbito de la gestión administrativa, el Reglamento de Extranjería (RELOEX 557/2011) establece la posibilidad de presentar cuatro tipos de informes que, en Cataluña, son competencia de la Administración autonómica<sup>412</sup>:

---

Ley 17/2006, de 13 noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las **Illes Balears**

<sup>410</sup> Colomer Viadel, A. (2010). *La protección y la integración de los menores inmigrantes no acompañados en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 184.

<sup>411</sup> Lamarca Iturbe, Í. (2009). *Situación de los Menores Extranjeros no Acompañado en la CAPV*. Vitoria: Ararteko.. 42.

<sup>412</sup> VV.AA. . (s.f.). *Oficina de Extranjería de Barcelona. Principales novedades del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba e Reglamento de de Ley Orgánica 4/2000*. Recuperado el 05 de Mayo de 2014, de Generalitat de Cataluña: [www.gencat.cat/economia/ur/doc/doc\\_40155544\\_1.pdf](http://www.gencat.cat/economia/ur/doc/doc_40155544_1.pdf) p. 37.

Informe de esfuerzo de integración  
Informe de arraigo o de integración social del inmigrante  
Informe sobre vivienda adecuada  
Informe de escolarización de menores

La utilización por las comunidades autónomas de criterios diferentes para valorar estos parámetros produce resultados que no son homologables en el conjunto del territorio nacional, lo que se traduce en inseguridad para el menor. Sería conveniente la existencia de una disposición general que proveyese la homogeneización de los resultados<sup>413</sup>.

Ante la divergencia de criterios sobre las condiciones de acceso de los extranjeros a los servicios y de requisitos para residir en España, el Gobierno de España prevé modificar la actual normativa de extranjería para fijar, sobre esta materia, los que deban ser comunes en todo el territorio del Estado. Así lo avanza el Ejecutivo en el informe elaborado por la Comisión para la reforma de las administraciones públicas (CORA), aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de junio de 2013, con propuestas para racionalizar y evitar duplicidades en las administraciones.

Uno de los temas abordado por el CORA, que afecta directamente a la inmigración, es el de los Observatorios de la Inmigración. Aparte del observatorio estatal, trece comunidades autónomas y tres universidades han creado observatorios coexistentes con el del Estado. La necesidad de mejorar la eficiencia en la utilización de los recursos públicos, simplificar la administración y la conveniencia de desarrollar una política integrada de inmigración, le lleva a proponer que el observatorio del Estado asuma las funciones del resto de observatorios con el correspondiente ahorro de recursos dedicados al sostenimiento de los no estatales<sup>414</sup>.

---

<sup>413</sup> Ramos Sánchez, A. (2006). *El Ministerio Fiscal en el área de protección de menores*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheaderna me1>. En Barranco Avilés, M<sup>a</sup> del Carmen y García Ferrer, José (coordinadores) Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños. p.108.

<sup>414</sup> VV.AA. (21 de Junio de 2013). *El Gobierno anuncia una nueva reforma de la Ley de extranjería en CORA*. Recuperado el 06 de Mayo de 2014, de Migrar con Derechos: [http://www.migrarconderechos.es/noticias/Reforma\\_de\\_la\\_LOEx\\_ahora\\_en\\_CORA\\_p.1](http://www.migrarconderechos.es/noticias/Reforma_de_la_LOEx_ahora_en_CORA_p.1).

El CORA advierte en su informe que la falta de un marco legal que desarrolle una política nacional, más allá de lo que han sido los planes estratégicos, ha derivado en “una falta de coordinación entre las tres administraciones, una confusión en el reparto de competencias e incluso en conflictos competenciales”<sup>415</sup>.

En efecto, la ejecución en la práctica de las competencias en materia de inmigración entre administraciones no ha sido pacífica, dando lugar a que se hayan planteado varios recursos de inconstitucionalidad a causa de las competencias que cada una ostenta, en materia de inmigración. La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, señala que el conjunto de competencias o potestades de evidente carácter asistencial y social que el art.138.1 EAC atribuye a la Generalitat, no relega la competencia exclusiva que el Estado ostenta en materia de inmigración<sup>416</sup>.

En otro caso, es el Gobierno de la Generalitat de Cataluña el que plantea recurso positivo de competencia contra la resolución de la Dirección General de Inmigración (DGI) de 14 de julio de 2008, por la que se convocaban subvenciones públicas para habilitación de plazas de alojamiento, porque la resolución “no respeta la distribución de competencias en las materias integración social de los inmigrantes y asistencia social derivada del bloque de constitucionalidad” por centralizar en órganos estatales las disposiciones “regulación, tramitación y resolución de las ayudas referidas”, lo que no es conforme con la doctrina constitucional recaída en relación con la subvenciones<sup>417</sup>. En esta situación, la STC 154/2013, de 10 de septiembre,

---

<sup>415</sup> VV.AA. (22 de Junio de 2013). *Los inmigrantes tendrán los mismos derechos en todas las comunidades*. Recuperado el 05 de Mayo de 2014, de ABC España: <http://abc.es>

<sup>416</sup> VV.AA. (21 de Junio de 2013). *El Gobierno anuncia una nueva reforma de la Ley de extranjería en CORA*. Recuperado el 06 de Mayo de 2014, de Migrar con Derechos: [http://www.migrarconderechos.es/noticias/Reforma\\_de\\_la\\_LOEx\\_ahora\\_en\\_CORA](http://www.migrarconderechos.es/noticias/Reforma_de_la_LOEx_ahora_en_CORA) p. 2.

<sup>417</sup> BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2013

El Abogado del Estado sostiene, por el contrario, que la citada centralización no contradice la doctrina constitucional, pues se trata de uno de los supuestos en que aquella puede producirse.

Como dice el Tribunal, las partes discrepan sobre “el encuadramiento competencial de las referidas ayudas”, la Comunidad Autónoma considera que las mismas son enmarcables en los títulos competenciales autonómicos en materia de inmigración (art. 138.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña) y servicios sociales (art. 166 del Estatuto de Autonomía de Cataluña), en cambio, el Abogado del Estado afirma que se fundamentan en las competencias del Estado

declara la inconstitucionalidad de la Resolución de la DGI, al considerar que la Resolución ha agotado sus efectos y podría afectar a situaciones jurídicas consolidadas<sup>418</sup>.

Para garantizar la seguridad jurídica y lograr la necesaria armonización legislativa, la anunciada reforma de la LOEX 2/2009 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social se propone definir unos criterios comunes para la integración de los inmigrantes y determinar el ámbito de actuación de cada una de las diferentes administraciones públicas.

### **III. PROTECCIÓN DEL MENA EN SITUACIÓN DE RIESGO O DESAMPARO**

#### **1. Conceptos de riesgo, desamparo, tutela y guarda**

El concepto de desamparo se establece por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre que suprime los términos “abandono” y “expósitos” provenientes de la Ley de 24 de abril de 1958, e introduce el término “desamparo”, cuya regulación viene completada por la LOPJM 1/1996 de 15 de enero. El CC define la situación de desamparo en su art. 172.1, estableciendo que “Se considera como situación desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”<sup>419</sup>.

---

sobre inmigración del art. 149.1.2 CE y sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del art. 149.1.13 CE.

El TC, en la Sentencia 154/2013, de 10 de septiembre, FJ 7, resuelve contra la DGI al apreciar que, “la Comunidad Autónoma ostenta una competencia exclusiva sobre asistencia social y el Estado no ha invocado título competencial suficiente —genérico o específico— sobre la misma, las ayudas quedan ubicadas en el referido primer supuesto [STC 13/1992, FJ 8 a)], que excluye la posibilidad de gestión centralizada”.

<sup>418</sup> Governacio. (21 de Octubre de 2013). *Comentario de jurisprudencia constitucional (mayo-septiembre 2013)*. Recuperado el 20 de Abril de 2015, de Generalitat de Catalunya: [governacio.gencat.cat/web/.content/iea/bea/24/documents/tc\\_esp.pdf](http://governacio.gencat.cat/web/.content/iea/bea/24/documents/tc_esp.pdf) p. 2.

<sup>419</sup> Ramos Sánchez, A. (2006). *El Ministerio Fiscal en el área de protección de menores*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheaderna me1>.

p.107. En Barranco Avilés, M<sup>a</sup> del Carmen y García Ferrer, José (coordinadores) Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños.

El menor extranjero no acompañado, por su condición de menor de edad y no estar bajo la tutela de sus padres o familiares, se encuentra en situación de desamparo y necesitado de especial protección y, como dispone la Ley 21/1987, corresponde a la Administración su tutela automática.

La única respuesta que nuestro ordenamiento prevé para cualquier menor en desamparo es su efectiva e inmediata protección por la entidad pública que, por mandato legal, habrá de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo y procurarle una formación integral<sup>420</sup>.

Señala González Pillado que, frente a las situaciones de riesgo, que no alcanzan la gravedad suficiente como para separar al menor de su entorno familiar, la situación de desamparo está provocada por el “incumplimiento, o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material” (art. 172. 1.II CC)<sup>421</sup>.

La Constitución española establece que los niños “gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (art. 39.4 CE), lo que hace acreedor a cada menor sujeto a la jurisdicción de un estado parte, sea nacional o extranjero, de los derechos proclamados en la CDN según lo dispone su art. 2.1.

La intervención subsidiaria del Estado se pone de manifiesto, especialmente, cuando un menor se encuentre en las situaciones de riesgo y desamparo. La constatación de que un menor se encuentra en situación de

---

<sup>420</sup> Florencio Thome, C. y. (s.f.). *Menores extranjeros en situación de desamparo: nuevos sujetos migratorios y su marco jurídico en España*. Recuperado el 11 de Abril de 2014, de Derecho y Cambio Social : <http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/menores%20extranjeros%20desamparados.htm> p. 8.

<sup>421</sup> González Pillado, E. (2/2008). Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007. *InDret . Revista para el análisis del Derecho*, pp. 2-40. p. 5.

riesgo o desamparo es causa de la intervención de los poderes públicos para proporcionarle la asistencia necesaria<sup>422</sup>.

Interesa definir, en primer lugar, los conceptos de riesgo y desamparo, ya que estas dos situaciones generan actuaciones diferentes por parte de la Administración, del Ministerio Fiscal y, en su caso, del juez.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el término “riesgo” como la contingencia o proximidad de un daño. En cambio, el desamparo es la acción y efecto de desamparar. “Desamparar” es abandonar o dejar sin amparo ni favor a la persona o cosa que lo pide o necesita. *A sensu contrario*, amparar es favorecer o proteger<sup>423</sup>.

La LOPJM 1/1996, norma que incorpora los principios establecidos en la CDN para la protección del niño, define las situaciones de riesgo, de desamparo y la protección que proporcionar al menor en cada una de ellas<sup>424</sup>. Señala esta Ley que situación de riesgo es la que perjudica al menor en su desarrollo personal, familiar y social. El desamparo está determinado por el

---

<sup>422</sup> Allueva Aznar, L. (Octubre de 2011). *Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores*. Recuperado el 11 de Mayo de 2014, de Revista para el análisis del Derecho: [http://www.indret.com/pdf/854\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/854_es.pdf). p. 2.

<sup>423</sup> El diccionario Larousse define riesgo como la contingencia o posibilidad de que suceda un daño, desgracia o contratiempo. Las definiciones de desamparo y desamparar son idénticas a las que muestra el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

<sup>424</sup> La LOPJM 1/1996 dispone las actuaciones en caso de que el menor se encuentre en las situaciones de riesgo o desamparo, pero, realmente no las define.

#### Art. 17 Actuaciones en situaciones de riesgo

En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.

Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia.

#### Art. 18 Actuaciones en situación de desamparo

1. Cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

2. Cada entidad pública designará el órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento.



abandono que suponga riesgo para la vida, la salud o integridad física, o la inducción a la mendicidad, la delincuencia o la prostitución. Dispone las actuaciones a llevar a cabo en esas situaciones, pero no arroja mucha luz sobre la definición de estos dos conceptos<sup>425</sup>. Establece que en las situaciones de riesgo que no requieran la asunción de la tutela por Ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar sus derechos y disminuir los factores de riesgo que incidan en la situación personal y social del menor (art. 17).

La doctrina ha criticado la imprecisión de la LOPJM en cuanto a la falta de concreción al tratar las situaciones de riesgo y desamparo. En efecto, al referirse a la primera no identifica cuáles son los casos concretos que pueden suponer riesgo para el menor. Tampoco establece procedimientos claros para remover los factores de riesgo y dificultad social. Esta imprecisión de la Ley ha contribuido a la diversidad normativa de las comunidades autónomas en su intento de identificar las citadas situaciones<sup>426</sup>.

---

<sup>425</sup> No obstante, el legislador califica de innovación la diferencia establecida entre las situaciones de riesgo y desamparo: "De innovadora se puede calificar la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. Mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria".

<sup>426</sup> Allueva Aznar, L. (Octubre de 2011). *Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores*. Recuperado el 11 de Mayo de 2014, de Revista para el análisis del Derecho: [http://www.indret.com/pdf/854\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/854_es.pdf).

p.12. En Cataluña, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia (LDOIA) considera que pueden considerarse desamparados los menores que se hallan en la situación de hecho en que carecen de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad (art. 105.1 LDOIA).

En Aragón. Tipifica la situación de desamparo en el art. 59 de la Ley 12/2001: "Artículo 59. Situación de desamparo. 1. Se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral y material. 2. En particular, se entiende que existe situación de desamparo cuando se de alguna de las siguientes circunstancias: a. Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor. Cuando, debido al incumplimiento de los deberes de protección o por negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de salud o educativas por parte de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, se atenta contra la vida o la integridad física o psíquica del menor. b. Abandono del menor. Cuando faltan las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda y la autoridad familiar o cuando no pueden

Según Kazdin, los factores de riesgo son las características que incrementan la probabilidad de que un resultado o consecuencia negativa ocurra dentro de una población de individuos, en nuestro caso los MENAS. Los factores de protección son las condiciones o características asociadas a una disminución de la probabilidad de consecuencias negativas<sup>427</sup>.

Referidos a los MENAS marroquíes, que son los más numerosos en España, los factores de riesgo pueden acaecer al MENA en su país de origen, antes del proceso migratorio, y durante su permanencia en España<sup>428</sup>. Además, las situaciones de riesgo continúan para estos menores al ser repatriados a su país de origen, por la posibilidad de sufrir malos tratos por parte de la policía marroquí y ser considerados infractores de la legalidad vigente<sup>429</sup>.

---

o no quieren ejercerlas. c. Malos tratos. Cuando el menor es objeto de malos tratos físicos, psíquicos o de abusos sexuales, por parte de familiares o terceros, producidos en el ambiente familiar del menor. d. Explotación de menor. Cuando sea inducido a ejercer mendicidad, delincuencia, prostitución, drogadicción, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación. e. Falta de atención adecuada. Cuando la drogadicción habitual o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de los mismos. f. Cuando, desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por la entidad competente en materia de protección de menores, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo”.

<sup>427</sup> López Fernández, J. (Julio de 2013). *Factores de riesgo de los menores extrajeros no acompañados infractores en Asturias*. Recuperado el 26 de Mayo de 2014, de Universidad de Oviedo: [digibuo.uniovi.es/.../TFM%20%20Jessica%20Lopez%20Fernandez.pdf](http://digibuo.uniovi.es/.../TFM%20%20Jessica%20Lopez%20Fernandez.pdf). p. 23.

<sup>428</sup> *Ibidem*. p. 24.

Factores de riesgo previos. Problemas familiares (niños de la calle o con escasa vigilancia familiar); Nivel escolar bajo (analfabetos o sin acabar la enseñanza primaria); Historial delictivo (han cometido delitos en su país); Proyecto migratorio no definido (emigran por curiosidad, por imitación, a buscarse la vida); Falta de referentes adulto (no conocen a adulto emigrante integrado social y laboralmente en el país de destino); Estupefacientes (consume drogas o inhala disolventes).

Factores de riesgo durante su estancia en España. Falsear su identidad (proporcionar datos falsos sobre su edad o identidad); Cambiar de centro de acogida (abandono voluntario del centro de acogida); No implicarse en la actividad formativa (absentismo, cambio de curso); No implicarse en actividades extraformativas (deportivas, culturales, sociales, ocio); Aislarse (relacionarse sólo con compatriotas); Irregular relación con su familia (escasa o nula relación con su familia); Desconocer el idioma español (poco interés en conocerlo, desconocer la cultura española); Carecer de ingresos económicos (no disponen de ellos o consideran que son insuficientes); Consumir estupefacientes

<sup>429</sup> “Ley nº 02.03 del 11 de noviembre de 2003 relativa a la migración irregular, donde no se regula la repatriación de menores de edad”.

La emigración irregular está castigada en Marruecos por ley y se les puede aplicar la nueva Ley de Extranjería que considera delito la migración irregular, sin diferenciar entre menores y adultos, con penas de multa o de prisión

Una vez que se ha identificado a un menor como desamparado, es competencia de la Administración correspondiente la declaración de que el menor se encuentra en esta situación.

Para una protección efectiva del MENA es necesario que los plazos que transcurren desde que es localizado, la declaración de su situación de desamparo y la efectividad de su tutela en un centro de acogida sean los mínimos imprescindibles. Como dice la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1992: “la desjudicialización de la protección de menores tienen en la ley como plasmación práctica el otorgamiento de la tutela automática y *ope legis* a favor de la entidad pública, de modo que nunca puede haber un lapso prolongado de tiempo entre la producción del desamparo y la tutela, habiendo sido esta automaticidad una verdadera revolución jurídica”<sup>430</sup>.

## **2. Acción protectora de la Administración. Declaración de desamparo**

A partir del concepto legal de desamparo señalaremos la normativa vigente que ordena a la Administración la protección del menor en tal situación, cuál es la Administración responsable de su tutela y el procedimiento para llevarla a efecto.

Desamparo, según el CC, es la “situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio, de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material” (art. 172.1).

La protección del menor en situación de desamparo, según dispone la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma el CC, se confía a la Administración, que a través de las entidades públicas, en el caso de los MENAS los centros de acogida, asumen su guarda y le proporcionan los medios de formación e integración<sup>431</sup>.

---

<sup>430</sup> Ramos Sánchez, A. (2006). *El Ministerio Fiscal en el área de protección de menores*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheaderna me1>. En Barranco Avilés, M<sup>a</sup> del Carmen y García Ferrer, José (coordinadores) *Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños*. p.107.

<sup>431</sup> *Ibíd.* p. 108.

La LOPJM establece que la entidad pública competente actuará conforme al art. 172 y ss. CC, si considera que el menor se encuentra en situación de desamparo, asumiendo la tutela del menor, y lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 18.1).

El art. 35.11 de la LOEX 2/2009 determina que la Comunidad Autónoma bajo cuya custodia se encuentra el menor estará legitimada para promover su tutela, y que el régimen de la misma será el previsto en el CC y en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>432</sup>.

La declaración de que el menor se encuentra en situación de desamparo es condición *sine qua non* para que la Administración pública competente, que en este caso es la comunidad autónoma, asuma la tutela del menor<sup>433</sup>.

Por último, la LOPJM, art. 12, complementa al CC estableciendo que “la protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados a tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley”<sup>434</sup>.

La normativa de extranjería no establece, de forma explícita, el momento en que debe efectuarse la declaración de desamparo. Alguna CA, como la de Andalucía, lo realiza cuando se ha constatado la imposibilidad de repatriar al menor. El Defensor del Pueblo le hizo la oportuna recomendación para que corrigiese esta actuación, como señalaremos en el epígrafe dedicado a esta institución en la supervisión de Administración en la acción protectora del menor.

---

<sup>432</sup> Para constituir la tutela, la CA que custodia al menor se dirigirá al juzgado competente en función del lugar en el que vaya a residir el menor, “adjuntando el convenio correspondiente y la conformidad de la entidad que vaya a asumir la tutela” (art. 35.11 LOEX 2/2009).

<sup>433</sup> VV.AA. (02 de Junio de 2010). *Declaración de desamparo*. Recuperado el 17 de Noviembre de 2014, de Word Express. Periodismo digital: <http://reportajemena.wordpress.com/hecha-la-ley-hecha-la-trampa/el-recorrido-legal/%C2%BFdesamparado-o-emancipado/> p. 1.

<sup>434</sup> Ramos Sánchez, A. (2006). *El Ministerio Fiscal en el área de protección de menores*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheaderna me1>. En Barranco Avilés, M<sup>a</sup> del Carmen y García Ferrer, José (coordinadores) *Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños*. p. 107.

Conviene insistir en que corresponde, exclusivamente, a las comunidades autónomas la declaración de desamparo del menor y asumir su tutela. En cambio, las entidades públicas o privadas, que posean la adecuada calificación, se pueden hacer cargo de la guarda del menor<sup>435</sup>.

### **3. Supervisión de la acción protectora de la Administración**

En España existen dos instituciones que tienen, por mandato constitucional, la misión de supervisar la actuación de la Administración en el ámbito de la protección del menor: el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo. El Ministerio Fiscal controla la Administración en su acción protectora del menor y revisa, en los centros de acogida, los expedientes de menores en situación de riesgo y desamparo. El Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes, realiza esa misión informando de las deficiencias observadas en la actuación desarrollada por la Administración en la protección del menor. También puede hacer recomendaciones y sugerencias a la Administración para mejorar su labor (art. 54 CE).

#### **A. El Ministerio Fiscal**

La posición privilegiada del Ministerio Fiscal por su intervención, prácticamente, en la totalidad de las actuaciones que se llevan a cabo con los MENAS, unida a los principios que rigen sus funciones, le permiten supervisar, promocionar y promover todas las acciones que se realizan con menores. En su condición de órgano estatal es factor de cohesión y coordinación institucional, y garantía de la seguridad jurídica<sup>436</sup>.

La misión de proteger al menor la recibe el Ministerio Fiscal por mandato constitucional al establecer su art. 124.1 que, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, el Ministerio Fiscal tiene asignada “la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”, también, velar por la

---

<sup>435</sup> Ibídem. p. 109.

<sup>436</sup> Madrigal Martínez-Pereda, C. (s.f.). *La Protección de Derechos Fundamentales Concretos de Personas Menores de Edad*. Recuperado el 13 de Junio de 2014, de Fiscal de Sala Coordinadora de Menore: [www.fiscal.es/.../Satellite?...Consuelo+Madrigal+Martínez-Pereda](http://www.fiscal.es/.../Satellite?...Consuelo+Madrigal+Martínez-Pereda). p. 3.



independencia de los Tribunales, y procurar la satisfacción del interés social, actuando de oficio o a petición de los interesados<sup>437</sup>.

La LOPJM 1/1996 incrementa las facultades del Ministerio Fiscal con respecto al menor y las correlativas obligaciones: actúa de oficio en interés del menor proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estime oportunas; recibe las comunicaciones de autoridades y servicios públicos de la atención prestada al menor; cada Fiscalía llevará el índice de las tutelas de menores mediante la oportuna remisión de los datos que le hace la entidad pública y sus modificaciones posteriores fundamentadas<sup>438</sup>.

Por otra parte, el art. 174.1 del CC encomienda al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, y el art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) establece como una de sus funciones la de asumir o promover “la representación y defensa en juicio o fuera de él de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos”, e igualmente, “promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan”, y formar parte

---

<sup>437</sup> En términos similares dispone el artículo 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF). (Ley 50/81, de 30 de diciembre, modificado por la Ley 14/2003, de 26 de mayo) las funciones del Ministerio Fiscal,: “El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante estos la satisfacción del interés social”.

<sup>438</sup> Ramos Sánchez, A. (2006). *El Ministerio Fiscal en el área de protección de menores*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheaderna me1>. En Barranco Avilés, M<sup>a</sup> del Carmen y García Ferrer, José (coordinadores) Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños.

p. 101. a) Le atribuye la legitimación para actuar en nombre del menor en defensa de su honor, intimidad personal y familiar y, de la propia imagen (art. 4)

b) Ejercitar acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita (art. 5.5)

c) Conocer la denegación de audiencia del menor, cuando éste solicite ser oído bien directamente o por medio de su representante (art. 9.3)

d) Recibir las comunicaciones de autoridades y servicios públicos sobre situaciones de desprotección del menor (art. 14)

e) Será enterado de la situación de desamparo del menor que le comuniquen las entidades de protección del menor (art. 18)



de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos<sup>439</sup>.

La intervención del Ministerio Fiscal cubre un amplio espectro de las actuaciones de protección del menor pues su atribución se distribuye entre varias instituciones, órganos judiciales, Administración pública y Defensor del Menor, cuya coordinación sería deseable para una protección integrada del menor, sin embargo carece del adecuado desarrollo legislativo<sup>440</sup>.

La actividad supervisora del Ministerio Fiscal sobre la protección de los menores tutelados incluye la revisión de los expedientes de menores en situación de riesgo y desamparo, y la actuación procesal en materia de protección del menor<sup>441</sup>.

La supervisión del Ministerio Fiscal se manifiesta también en los informes elaborados por los Fiscales Delegados de Menores para la redacción de la Memoria anual de la FGE en los que reflejan la pasividad de las entidades públicas que mantienen al MENA en “situación de mero acogimiento material de forma casi indefinida”<sup>442</sup>.

La LOPJM 1/1996, art. 4, que ordena al Ministerio Fiscal “ejercer la vigilancia sobre todos los centros que acogen menores” complementada con lo dispuesto en el art 4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, le atribuye la facultad de “Visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de sus respectivo territorios, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información considere conveniente”.

---

<sup>439</sup> Soriano Ibáñez, B. (s.f.). *Supervisión de la actividad protectora de la Administración*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata) p. 2.

<sup>440</sup> Ramos Sánchez, A. (2006). *El Ministerio Fiscal en el área de protección de menores*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheaderna me1>. En Barranco Avilés, M<sup>a</sup> del Carmen y García Ferrer, José (coordinadores) Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños. p.107.

<sup>441</sup> Soriano Ibáñez, B. (s.f.). *Supervisión de la actividad protectora de la Administración*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata) p. 1.

<sup>442</sup> Madrigal Martínez-Pereda, C. (s.f.). *La Protección de Derechos Fundamentales Concretos de Personas Menores de Edad*. Recuperado el 13 de Junio de 2014, de Fiscal de Sala Coordinadora de Menore: [www.fiscal.es/.../Satellite?...Consuelo+Madrigal+Martínez-Pereda](http://www.fiscal.es/.../Satellite?...Consuelo+Madrigal+Martínez-Pereda) p. 20.

Para realizar esta función, el fiscal habrá de comprobar, con periodicidad mínima semestral, la situación del menor y, en su caso, promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias. La acción del Ministerio Fiscal no exime a la entidad de su responsabilidad de protección del menor, y de comunicar al Ministerio Fiscal las anomalías que a este le ocurran<sup>443</sup>.

La actuación procesal del Ministerio Fiscal con respecto al menor se manifiesta en los hechos delictivos cometidos por mayores de edad cuyas víctimas sean menores, su obligada presencia en los procesos que les afecten a éstos y su legitimación para iniciar procesos que son perseguibles únicamente previa denuncia del ofendido, de sus representantes legales, o del Ministerio Fiscal. También, en el ámbito de delitos y faltas de menores, tiene encomendada la instrucción de los expedientes por hechos delictivos cometidos por mayores de catorce años y menores de dieciocho años, de acuerdo con la L.O. 5/2000, de 12 de Enero<sup>444</sup>.

## **B. El Defensor del Pueblo y el Defensor del Menor**

El Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos del Título I de la Constitución, puede supervisar la actividad de la Administración con respecto al menor rindiendo los correspondientes informes.

El menor, por su parte, puede plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo, haciéndose cargo uno de sus adjuntos, de modo permanente, de los asuntos relacionados con los menores (art. 10.2 LOPJM)

El Defensor del Pueblo realiza, como parte de sus tareas habituales, muchas actividades de supervisión relacionadas con las instituciones que llevan a cabo funciones de protección de los menores. A tal fin publica opiniones, recomendaciones e informes para promover y proteger los derechos

---

<sup>443</sup> Ramos Sánchez, A. (2006). *El Ministerio Fiscal en el área de protección de menores*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheaderna me1>. En Barranco Avilés, M<sup>a</sup> del Carmen y García Ferrer, José (coordinadores) Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños.

p. 110. De las visitas que realice el MF a los centros se levantará el acta correspondiente.

<sup>444</sup> Ibídem. p. 100.

del menor; unas respondiendo a las Observaciones Generales que efectúa el Comité de Derechos del Niño; y otras conforme a las funciones que le encomienda la LO 3/1981, que le permiten elaborar estudios y formular recomendaciones sobre aquellos asuntos en los que estima que pueda haber vulneraciones de los derechos humanos<sup>445</sup>.

Uno de los procedimientos utilizado por el Defensor del Pueblo para supervisar la actividad de la Administración, en el ámbito de la protección de menores, consiste en las visitas a los centros de acogida. Durante ellas, además de recorrer las instalaciones, los supervisores entrevistan a los directivos y personal de los centros, así como a los menores ingresados que proporcionan una valiosa opinión personal sobre el tratamiento que reciben. También solicitan a los directores de los centros, que respondan al cuestionario elaborado *ad hoc* para la investigación. De las visitas efectuadas a 27 centros de menores con trastornos de conducta en el año 2009, hace la siguiente valoración de la labor de seguimiento en ellos realizada por la Administración:

“Ninguna de las administraciones competentes hace un seguimiento frecuente de la situación en que se encuentran los centros, y muy pocas mantienen un contacto regular y fluido con los menores. Desde esos centros se reclama una mayor proximidad, implicación, e incluso especialización de los técnicos de la entidad pública que se ocupan del seguimiento directo de cada menor”<sup>446</sup>.

Sintetizamos algunas de las quejas que recibe el Defensor del Pueblo, sobre la deficiente actuación de la Administración en la protección de los MENAS. Afectan a todo el proceso del menor en el sistema de protección, desde su localización hasta su integración o repatriación. Muchas de ellas muestran el claro incumplimiento, de la Administración y de los centros, de la normativa de protección del menor.

---

<sup>445</sup> VV.AA. (Mayo de 2014). *La escucha y el interés superior del menor*. Recuperado el 01 de Junio de 2014, de El Defensor del Pueblo: [http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/menores\\_justicia\\_2014.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/menores_justicia_2014.pdf) p. 8.

<sup>446</sup> VV.AA. (02 de Febrero de 2009). *Defensor del Pueblo. Centros de protección de monores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*. Madrid: Defensor del Pueblo. p. 401.

Un grupo de menores africanos estuvieron durante varios meses bajo la tutela de la CA de Valencia sin que el CPN tuviera conocimiento de hecho; en la CA de Madrid se aplicó de forma incorrecta la normativa sobre autorizaciones de residencia; MENAS trasladados de la CA de Canarias a la de Madrid, bajo la guarda de entidades privadas de Madrid, continuaron tutelados por Canarias; el Principado de Asturias incurrió en la demora de comunicación de datos del menor y de su familia, a la Delegación del Gobierno, para su incorporación al expediente de repatriación; la Diputación Foral de Guipúzcoa procedía al cese de la tutela cuando un menor tutelado se fugaba de un centro de acogida<sup>447</sup>.

El Defensor del Pueblo recomendó a la CA de Andalucía, que dejara sin efecto la instrucción en la que “argumentaba no declarar formalmente la situación de desamparo, al considerar que los menores no acompañados se encontraban suficientemente protegidos al hallarse bajo la guarda de los servicios andaluces de protección de menores”. La práctica de esta comunidad evidencia interpretación errónea de lo dispuesto en los arts. 172 del CC y 35.11 de la LOEX 2/2009<sup>448</sup>.

El Defensor del Pueblo de cada comunidad autónoma también realiza esta función de supervisión de la actividad de la Administración y hace las recomendaciones oportunas. El informe extraordinario del Ararteko del País Vasco al Parlamento de la comunidad, de mayo de 2005, termina con treinta y tres recomendaciones dirigidas a las diferentes administraciones responsables o con competencias en la protección de menores<sup>449</sup>.

---

<sup>447</sup> VV.AA. (2009). *Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2009*. Madrid: Congreso de los Diputados. pp. 167-172.

<sup>448</sup> VV.AA. (2009). *Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2009*. Madrid: Congreso de los Diputados. p. 169.

Art. 172.1 CC. “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal”

Art. 35.11 LOEX 2/2009. Estará legitimada para promover la constitución de la tutela la CA bajo cuya custodia se encuentre el menor.

<sup>449</sup> VV.AA. . (2005). *Ararteko. Situación de los Menores Extranjeros no Acompañados en la CAPV*. Vitoria: Ararteko. p. 182.

En la Comunidad Autónoma de Galicia la institución del Valedor do Pobo se establece por la Ley 6/1984, de 5 de junio, modificada por las Leyes: 3/1994, de 18 de julio; 1/2002 de 26 de marzo y 8/2008 de 10 de julio. La función primordial de la Institución es la defensa, en el territorio gallego, “de los derechos y libertades públicas reconocidas en la Constitución y tutelar los derechos individuales y colectivos emanados del Estatuto de Autonomía. Podrá supervisar con este fin la actividad de la Administración de la Comunidad” (art. 1 LVP)<sup>450</sup>.

El Vicevaledor responsable del menor prestará especial atención a la defensa de los derechos de la infancia y adolescencia, velará por el respeto de la legislación correspondiente y propondrá, a través del Valedor do Pobo, las medidas que estime susceptibles de mejorar su protección o potenciar las existentes. También promover en la sociedad gallega la información sobre los derechos del menor y sobre las materias que redunden en su mejor cuidado<sup>451</sup>.

El Valedor do Pobo denuncia, en su informe de 2008, el largo período de tiempo que transcurre desde que el MENA es declarado en desamparo hasta que, pasados nueve meses, se le otorga el permiso de residencia, durante el cual encuentra dificultades para participar actividades culturales, educativas y de formación profesional. El Valedor reclama la necesaria colaboración entre las Administraciones Central y autonómica para que, a través de la Delegación del Gobierno, gestione de forma activa la tramitación de la documentación que precisa el menor. Ante la importancia que el fenómeno de los MENAS tiene en España, las Defensorías del Estado suscribieron la declaración y principios de actuación que el Valedor do Pobo hizo en el citado informe<sup>452</sup>.

---

<sup>450</sup> González-Ares, J. A. (2005). *El Valedor do Pobo. Del Ombudsman sueco al Comisionado parlamentario gallego*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 232.

<sup>451</sup> VV.AA. (06 de Noviembre de 2008). *Menores Vulnerables: Desprotección y Responsabilidad Penal*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Valedor do Pobo: [www.valedordopobo.com/index.php?o=downloads&i=224&t...](http://www.valedordopobo.com/index.php?o=downloads&i=224&t...) p. 327.

<sup>452</sup> VV.AA. (06 de Noviembre de 2008). *Menores Vulnerables: Desprotección y Responsabilidad Penal*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Valedor do Pobo: [www.valedordopobo.com/index.php?o=downloads&i=224&t...](http://www.valedordopobo.com/index.php?o=downloads&i=224&t...) p. 313

Declaración del Valedor do Pobo, suscrita por los Defensores del pueblo de las distintas comunidades autónomas en el marco de las “XXI Jornadas de Coordinación de Defensores del pueblo” celebradas en octubre de 2006.

Principios de actuación

En las comunidades que no tienen Defensor del Menor las funciones en el ámbito del menor las realiza el Defensor de Pueblo autonómico a través de la figura que cada comunidad autónoma haya establecido: adjunto del Defensor del Pueblo (Cataluña y Galicia), Letrados defensores del menor (Cantabria y Principado de Asturias)<sup>453</sup>.

La relación entre el Defensor del Pueblo y los defensores de las comunidades autónomas se rigen, de acuerdo con la normativa de estas instituciones, por los principios de autonomía institucional, coordinación, cooperación y colaboración. Los acuerdos entre el Defensor del Pueblo y parte de los comisionados autonómicos contribuyen, en su caso, a cumplir con tales principios<sup>454</sup>.

- 
- 1) Las Administraciones públicas competentes en las distintas CCAA deben asumir la tutela del menor de forma inmediata.
  - 2) Las Administraciones competentes deben empezar a documentar al menor y tramitar su residencia.
  - 3) Los menores no deben ser repatriados a sus países de origen, salvo que existan garantías de que la reintegración a su núcleo familiar de origen (o recurso de protección alternativo) asegure el mejor interés para el menor.
  - 4) Las pruebas médicas previas de determinación de la edad sólo deberán ser realizadas en casos de duda.
  - 5) Los menores deberían recibir asistencia jurídica independiente de la Administración.
  - 6) Las Comunidades Autónomas deben coordinar sus modelos de atención a los menores inmigrantes no acompañados, para evitar “fugas” de los menores a aquellas comunidades que garantizan mejor el proceso de tutela y residencia y que ofrecen mejores recursos socioeducativos.
  - 7) Asimismo, las Comunidades Autónomas y las Delegaciones del Gobierno coordinarán también su actuación en los ámbitos de sus respectivas competencias, para evitar disfunciones.
  - 8) En la atención a los menores extranjeros no acompañados, deben diseñarse y planificarse los recursos necesarios para favorecer su desarrollo integral y facilitar su inserción en la sociedad de acogida.
  - 9) Todas las Administraciones públicas deben asumir sus responsabilidades en la atención a los menores no acompañados.
  - 10) Los centros de acogida de menores inmigrantes no acompañados deben presentar garantías de adecuación espacial, sanitaria y educativa.

<sup>453</sup> Ramos Sánchez, A. (2006). *El Ministerio Fiscal en el área de protección de menores*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheaderna me1>. En Barranco Avilés, M<sup>a</sup> del Carmen y García Ferrer, José (coordinadores) Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños. p.109.

<sup>454</sup> Fernández Rodríguez, J. J. (2010). Defensor del Pueblo y Defensorías Autonómicas: Reflexiones sobre sus Relaciones y Posición Recíproca. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, pp. 259-283. p. 266.



No obstante, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, reformado por la LO 6/1006, de 19 de julio, establecía en su art. 78.1 que “el *Síndic de Greuges* tiene la función de proteger y defender los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución y el presente Estatuto” y añade, sin tener en cuenta las competencias del Defensor del Pueblo, que: “A tal fin supervisa, con carácter exclusivo, la actividad de la Administración de la Generalitat”. La STC 31/2010, FJ 33, declara inconstitucional el inciso “con carácter exclusivo” de este apartado 1 del art. 78 del Estatuto, ya que, “tratándose de derechos fundamentales, las garantías establecidas en los arts. 53 y 54 CE han de serlo frente a todos los poderes públicos, pues a todos ellos, sin excepción, vinculan y someten”<sup>455</sup>.

#### **IV. PLAN DE FORMACIÓN DE LOS MENAS**

##### **1. La formación del MENA**

Factor fundamental de todo el sistema de protección de los menores extranjeros no acompañados en España es el plan de formación pues, si lo concluyen, es el primer paso que les puede permitir el acceso a la inserción social y laboral y a su integración. El plan debería estar concebido y diseñado de forma que les capacite para integrarse en la sociedad como un miembro activo más, o regresar a su país de origen para desenvolverse en condiciones adecuadas a su edad.

Sobre la formación del MENA, piedra angular del sistema de protección, se proyecta la carencia de un plan director de formación a nivel nacional que, unido a la diversidad normativa<sup>456</sup> y a falta de su armonización, se traduce en una diversidad de modelos autonómicos que no son homologables en todo el territorio del Estado. Estas causas perjudican directamente la formación del MENA que, por su movilidad voluntaria o forzada, puede pasar de una comunidad autónoma a otra, o de un centro a otro, en los que rigen diferentes criterios formativos. La consecuencia inmediata que se produce es la

---

<sup>455</sup> *Ibídem.* p.281.

<sup>456</sup> Ver los informes del Defensor del Pueblo de Navarra (en el ámbito de Navarra, Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia); del Ararteko del País Vasco; del Síndic de Greuges de Valencia; del Diputado del Común de Canarias; de la Procuradora General del Principado de Asturias.

inseguridad y confusión en los MENAS y, a plazo medio y largo, una ineficiencia del sistema de protección y de la utilización de los recursos.

### **A. Importancia de la formación para el MENA**

La formación para los MENAS no es intrascendente ni para ellos ni para la sociedad que los acoge. Los que han tenido la oportunidad de adquirirla la valoran muy positivamente y desearían que se removieran los obstáculos existentes para acceder a ella:

“La formación es para una parte importante de los menores migrantes un factor decisivo en su proyecto migratorio, no sólo para la consecución de sus objetivos sino también para favorecer su integración en la sociedad de acogida”. Por ello “las dificultades de acceso que encuentran estando fuera del sistema de protección deben ser eliminadas”<sup>457</sup>.

La situación de desamparo del MENA tiene solución dentro del sistema de protección español. La idea de que pueden desenvolverse fuera de él es una utopía pues se exponen al riesgo de la explotación, caer en la marginalidad o la delincuencia. El Ministro de Justicia marroquí, Omar Azziman, expresaba su opinión al respecto en una entrevista en 2002 a *Human Rights Watch*<sup>458</sup>:

“Sabemos qué pasa con esos niños en Europa. Van a trabajar, pero cuando están en Europa no pueden trabajar ni vivir su vida; son vulnerables a todo tipo de ilegalidades y dificultades. Son maltratados en Marruecos porque queremos que cese su marcha, y en España porque son vulnerables”.

La realidad se encarga de contradecir que un menor que llega a España con intención de trabajar consiga este objetivo de forma inmediata. Cualquiera que sea su país de procedencia, el menor deberá acogerse al plan de formación en las condiciones establecidas para homólogos nacionales, eso sí,

---

<sup>457</sup> Senovilla Hernández, D. y Tawfik, Lelia (2013). *Menores Extranjeros no Acompañados y sin Protección en Europa*. Recuperado el 13 de Mayo de 2014, de Promoting unaccompanied Children's Access to Fundamental Rights in the European Union: [www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf](http://www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf) p. 74.

<sup>458</sup> Kaddur Hossein, H. (2005). *La atención educativa en centros de acogida de menores: El caso del centro Avicena de Melilla*. Recuperado el 12 de Mayo de 2014, de Universidad de Granada: [hera.urg.es/tesisurg/\(5750851\).pdf](http://hera.urg.es/tesisurg/(5750851).pdf) p. 41.

con el debido acondicionamiento para que su adaptación se adecúe a las posibles limitaciones y carencias concretas de cada caso<sup>459</sup>.

Para comprender las dificultades del menor marroquí para adaptarse a nuestro sistema de enseñanza se debe tener en cuenta que en Marruecos la enseñanza obligatoria tiene una duración de nueve años; su regulación la establece la Ley de 1963 que dispone que “la enseñanza es obligatoria para los niños de los dos sexos desde la edad de 7 años hasta la de los 15”<sup>460</sup>. En cambio, la Ley de educación española asegura la escolarización obligatoria de los 6 a los 16 años, así como el acceso al sistema de becas y ayudas, con independencia de su procedencia y de su situación administrativa.

## **B. Derecho a la educación de los MENAS**

El derecho a la educación en el ámbito internacional es reconocido en la Observación General n. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que interpreta el art. 13 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la siguiente manera:

“La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades”<sup>461</sup>.

La Constitución española reconoce el derecho a la educación, con carácter general, a los menores nacionales y extranjeros pues su art. 27 dispone que “Todos tienen el derecho a la educación” y el 27.4 que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita. Por lo tanto, todos los MENAS

---

<sup>459</sup> La Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana en su art. 63. *Menores extranjeros dice*: “Las autoridades educativas garantizarán la atención escolar de dichos menores de acuerdo con la legislación vigente en la materia, y fomentarán programas específicos de compensación que procuren la adecuada adaptación del menor extranjero”.

<sup>460</sup> Cabrera Medina, J. C. (2005). *Acercamiento al menor*. Sevilla: Conserjería de Gobernación. Junta de Andalucía. p. 28.

<sup>461</sup> Abrisketa Uriarte, J. (2014). *El Derecho a la Educación y los Derechos en la Educación en España: Análisis Crítico de la LOMCE*. International Multilingual Journal of Contemporary Research. December 2014, Vol. 2, No. 4, pp. 29-60. p. 30.

tienen el derecho y el deber de cursar el plan de formación de estudios básicos<sup>462</sup>.

La normativa infraconstitucional establece los derechos de los menores extranjeros, el art. 10.3 de la LOPJM, dispone que: “Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación. Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España”.

El TC ha removido el obstáculo que la normativa de extranjería oponía al acceso de extranjeros a la educación no obligatoria, sin importar su condición de residentes o no. Así, la STC 236/2007 de 17 de noviembre, FJ 9, declara inconstitucional y nula la inclusión del término “residentes” en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre<sup>463</sup>. El acceso gratuito a la educación básica obligatoria y no obligatoria es reconocido por el Tribunal a los extranjeros sean o no residentes<sup>464</sup>.

La legislación en materia de educación, art. 84.3 de la LO 2/2006, en la redacción dada por la LO 8/2013 del 9 de diciembre establece que en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición, circunstancia personal o social. Los menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación que incluye el

---

<sup>462</sup> Fernández Alles, J. J. (2014). *Marruecos tras la Constitución de 2011: Reciprocidad en el Derecho de Sufragio de los Extranjeros y Otros Elementos de Interacción Constitucional*. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, pp. 1-26. p. 17.

<sup>463</sup> Art. 9.3 de la LO 4/2000: “Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles”

<sup>464</sup> Abrisketa Uriarte, J. (2014). *El Derecho a la Educación y los Derechos en la Educación en España: Análisis Crítico de la LOMCE*. International Multilingual Journal of Contemporary Research. December 2014, Vol. 2, No. 4 , pp. 29-60.

p.17. De manera que se asume el principio de igualdad en el acceso a la enseñanza para nacionales y extranjeros menores de 18 años, que comprende tanto la educación obligatoria como la postobligatoria. Esto permite a los extranjeros acceder al conjunto de los niveles educativos reglados (Primaria, ESO, Bachillerato y FP) y no reglados. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. El derecho al seguimiento de los tramos educativos de Primaria y Secundaria, que conlleva, como contrapartida la correspondiente obligación.

acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. En cambio, a los menores extranjeros de dieciséis a dieciocho años se les reconoce el derecho a la enseñanza postobligatoria pero no el deber de cursar esta enseñanza. En caso de alcanzar la mayoría de edad en el transcurso del curso escolar conservan el derecho hasta su finalización<sup>465</sup>.

En la práctica se procede conforme a nuestra normativa. Los menores de dieciséis años son escolarizados en la educación obligatoria. Los MENAS de esta edad pueden encontrar dificultades de adaptación por motivos de su tardía incorporación al curso escolar, desconocimiento del idioma, problemas de acogida y deficitaria escolarización de origen. Los mayores de dieciséis años se matriculan en cursos de formación laboral como jardinería, carpintería, soldadura, albañilería, mecánica, hostelería, informática y otros, con el objetivo de facilitar su integración en el mercado laboral, realizando prácticas en empresas. Estos menores tienen derecho a inscribirse en los cursos de formación ocupacional que organizan los servicios públicos de empleo<sup>466</sup>.

Las dificultades que pueden encontrar los MENAS para su incorporación y adaptación al nivel de estudios del curso escolar que les corresponda, las intentan subsanar las comunidades autónomas adoptando las medidas adecuadas a cada menor o grupo de menores. Por ejemplo, la Comunidad Valenciana dispone en la Ley 15/2008 de 5 de diciembre de acogida de menores y MENAS la necesidad de atender a su formación educativa, facilitar su escolarización y el acceso, en su caso, a programas de educación compensatoria y de ayuda escolar (art. 20.2). Además, los MENAS en régimen de acogida recibirán de la Administración la atención inmediata que precisen en la forma establecida en el capítulo VI del presente título (art. 20.3)<sup>467</sup>.

---

<sup>465</sup> Fernández Alles, J. J. (2014). *Marruecos tras la Constitución de 2011: Reciprocidad en el Derecho de Sufragio de los Extranjeros y Otros Elementos de Interacción Constitucional*. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato. pp. 1-26. p. 18.

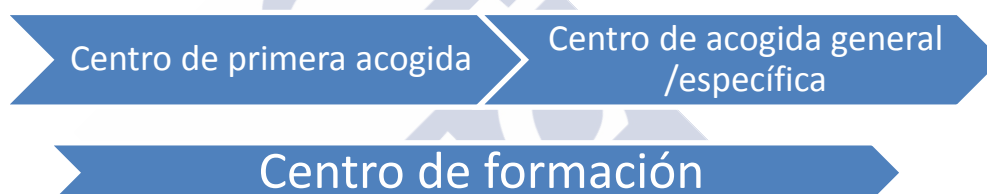
<sup>466</sup> VV.AA. (2009). *Punto de Contacto Nacional de España de la EMN. La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados*. Madrid: Red Europea de Migraciones. p. 39.

<sup>467</sup> Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunidad Valenciana. Disponible en: [www.docv.gva.es/datos/2008/12/11/pdf/2008\\_14318.pdf](http://www.docv.gva.es/datos/2008/12/11/pdf/2008_14318.pdf).

Si bien las comunidades autónomas procuran, con diferente intensidad, subvenir a los problemas expuestos para poner a los MENAS al nivel del sistema educativo español, el primer problema detectado, y no bien resuelto, es el acceso del MENA al plan de escolarización que le corresponda.

### C. Acceso al umbral de la educación

El MENA que llega a territorio nacional, antes de ser acogido en un centro de residencia definitivo, puede pasar por varios tipos de centros. Habitualmente, se le presta protección en un centro de primera acogida, después, pasará a un centro de acogida general (común a españoles y extranjeros), o a un centro de acogida específico (solo para extranjeros). Por condiciones de saturación de los centros extrapeninsulares, el MENA puede ser trasladado a otro centro de la península<sup>468</sup>.



#### Cuadro 4. Itinerario general del MENA en los centros de acogida

La integración del menor inmigrante no acompañado comienza con su acogida en un centro, lo que implica una atención integral, su formación educativa y laboral, asistencia sanitaria y otras que le permitirán acceder a las condiciones básicas de vida y promover su aceptación y participación social y cultural. Estas actuaciones obedecen a lo establecido en el capítulo tercero del

<sup>468</sup> VV.AA. (16 de Octubre de 2008). *Defensor del Pueblo de Navarra. La situación de los menores extranjeros no acompañados en la Comunidad Foral de Navarra*. Pamplona: Parlamento de Navarra.

p. 7. Con fecha 8 de septiembre de 2006, por parte de la Subdirección General de Infancia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se elaboró un informe sobre la intervención a seguir con menores extranjeros no acompañados que estaban llegando a la Comunidad Autónoma de Canarias. En dicho informe se abordaba la posibilidad de actuaciones especiales con los menores que estaban llegando a dicha Comunidad Autónoma y, por lo que ahora interesa, se propugnaba su redistribución entre otras Comunidades Autónomas. Mediante la suscripción del correspondiente concierto con las Comunidades Autónomas, para que un número a concretar de menores extranjeros no acompañados llegados al territorio canario fueran trasladados, asumiendo la Comunidad receptora los deberes de protección y financiando el gasto que tal protección supusiera la Administración del Estado, a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Como consecuencia del concierto fueron trasladados al Principado de Asturias 10 MENAS y a la Comunidad Foral de Navarra 16.



Título I de nuestra Constitución que responsabiliza a los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social<sup>469</sup>.

Las políticas de integración pretenden como finalidad la igualdad de derechos y oportunidades para todos, mediante un proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo por parte de los inmigrantes y de los nacionales del Estado<sup>470</sup>.

Al no existir un plan nacional de formación para los MENAS, cada comunidad autónoma elabora el suyo propio y, en situaciones específicas, uno *ad hoc*. Este es el caso de la CA de Navarra que, a los efectos de posibilitar la adecuada integración en la sociedad navarra y el desarrollo de su personalidad de diez menores provenientes de Canarias, se diseñó un plan específico para ellos consistente en un programa de escuela taller, de carácter formativo y laboral<sup>471</sup>.

Una vez que se ha sido declarada la situación de desamparo del MENA, las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, conforme al art. 14 de la LOPJM. La comunidad autónoma tiene asignada por ministerio de la Ley la tutela del menor y su guarda será encomendada a la entidad asistencial competente (art. 172.1 CC)

---

<sup>469</sup> VV.AA. (Septiembre de 2011). *Plan Estratégico Ciudadanía e Integración 2011-2014*. Madrid, España: Dirección General de Intervención de los Inmigrantes. p. 121 y ss.

<sup>470</sup> García Juan, L. (2011). *Las Comunidades Autónomas Como Gestoras de la Inmigración. Especial Referencia al Caso de Cataluña*. Recuperado el 08 de Octubre de 2014, de Generalitat de Cataluña: <http://www.gencat.cat/bsf/publica/butlletiIMMI/num69/LesCCAAcomaGestoresdelImmigracio.pdf> p. 4.

<sup>471</sup> VV.AA. (2008). *Defensor del Pueblo de Navarra. La situación de los menores extranjeros no acompañados en la Comunidad Foral de Navarra*. Pamplona: Parlamento de Navarra.

p.44. "Programa Especial para el Traslado y Atención de MENA desplazados desde Canarias", justificándose el programa (principio de solidaridad), definiéndolo, fijando sus objetivos y determinando el protocolo de actuación a seguir (actuaciones previas al traslado, traslado, llegada a la Comunidad de destino, coordinación y seguimiento). En el programa se prevé asimismo la financiación, a cargo del Estado, a razón de 80 euros por MENA y día. Para entonces, ya en octubre de 2005, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud habían suscrito un convenio de colaboración para el desarrollo de actuaciones de acogida e integración de personas inmigrantes. Es en el marco de este convenio, con ocasión de su prórroga para el ejercicio 2007, donde se recoge el "Programa especial para la atención de menores extranjeros no acompañados desplazados desde Canarias".

La integración del MENA en el centro de acogida es básica para la obtención de las correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo, y para su inserción en la sociedad. Las medidas de protección que se deben proporcionar al menor serán personalizadas, no genéricas<sup>472</sup>.

Pero no en todas las comunidades autónomas el MENA sigue el itinerario general expuesto en el Cuadro 4. En Madrid los menores ingresan en un centro de primera acogida y sólo unos pocos son trasladados a otro centro o recurso residencial. Todos los menores entrevistados en Barcelona habían pasado su período formativo en un centro de primera acogida. Además, el grupo de MENAS de esta ciudad, se encontraba en un centro de día en el centro urbano y pernoctaban en una residencia ubicada en una zona rural, en las afueras de la ciudad. El personal asignado a cada recurso asistencial no era fijo sino que rotaban de un centro a otro, lo que repercutía de forma negativa en los menores<sup>473</sup>.

Son varias las dificultades que encuentran los MENAS para acceder al sistema de protección y consiguiente educación. Unos por la falta de contacto con el agente competente; otros porque salen fuera del sistema de protección de forma voluntaria, o son expulsados de los centros por su mal comportamiento; el último grupo lo conforman los MENAS que alternan períodos de protección con otros fuera del sistema<sup>474</sup>.

---

<sup>472</sup> VV.AA. (Diciembre de 2008). *Informe monográfico a la Junta General del Principado de Asturias. La protección de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Procuradora General del Principado de Asturias: <http://www.integralocal.es/upload/File/Informe%20monogr%C3%A1fico%20elaborado%20por%20la%20Procuradora%20General%20del%20Principado%20de%20Asturias%20sobre%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20menores%20extranjeros%20no%20acompa%C3%B1ados%20en%20Asturia.pdf>

p. 62. “Las necesidades y circunstancias personales del menor extranjero no acompañado determinan indubitablemente las medidas concretas que cabe adoptar sobre el mismo a fin de posibilitar su integración, y entre las que están, sin duda, las sanitarias y asistenciales, pero también las formativas y laborales”.

<sup>473</sup> Senovilla Hernández, D. y Tawfik, Lelia (2013). *Menores Extranjeros no Acompañados y sin Protección en Europa*. Recuperado el 13 de Mayo de 2014, de Promoting unaccompanied Children's Access to Fundamental Rights in the European Union: [www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf](http://www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf) p. 69.

<sup>474</sup> *Ibídem*.

p. 31. La capacidad de movilidad de los MENAS y su flexibilidad para adaptarse a diferentes contextos, la manifiesta un menor marroquí de 16 años en Bruselas, que había dejado de

Aunque el MENA no sea consciente de ello, la fuga de un centro para ir a otro le supone un serio retraso en su plan de formación y, con ello, la demora para conseguir las autorizaciones de residencia y de trabajo necesarias para su integración. La desaparición de los menores no acompañados que deberían estar al cuidado de las autoridades nacionales, es un asunto que genera gran preocupación, ya que algunos de estos menores pueden ser víctimas de traficantes, otros intentan reunirse con miembros de sus familias o comunidades, o terminan siendo víctimas de la explotación laboral o sexual<sup>475</sup>.

#### **D. Plan de formación de los MENAS en los centros de acogida**

No existe un plan de formación a nivel nacional dirigido a los MENAS. El II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016, del Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad, sólo cita a los MENAS en contadas ocasiones y en ninguna de ellas hace mención a su acogida y formación. Se refiere en una ocasión, a los acuerdos de cooperación con los gobiernos de los países de procedencia sobre su protección, repatriación y reinserción<sup>476</sup>. En otro momento, constata la conocida dificultad para obtener conclusiones, por la diversidad de criterios utilizados por las comunidades autónomas sobre la evaluación del presente Plan<sup>477</sup>.

---

recibir protección de su familia extensa en España: “En España era un problema para la familia. Sin trabajo; sin buena comida; la crisis. Yo conocía a alguien aquí, algunos amigos se fueron a Italia, otros a Bélgica y otros a Holanda”.

<sup>475</sup> VV.AA. (25 de Julio de 2012). *Menores Extranjeros no Acompañados*. Recuperado el 17 de Mayo de 2014, de Síndic de Greuges Comunitat Valenciana: <http://www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf> p. 19.

<sup>476</sup> VV.AA. (05 de Abril de 2013). *II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016*. Recuperado el 13 de Mayo de 2014, de Observatorio de la Infancia. Ministerio de Sanidad. Asuntos Sociales e Igualdad: [http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/PENIA\\_2013-2016.pdf](http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/PENIA_2013-2016.pdf)

p. 21. “Dos Grupos de adolescentes sujetos a medidas de protección han requerido especial atención en este período: los extranjeros no acompañados y aquellos que presentan trastornos de conducta. Respecto a los menores que llegan solos, sin representación legal, procedentes de otros países, se han constituido sendos acuerdos con los gobiernos de Senegal y Marruecos sobre cooperación en el ámbito de emigración de menores de edad no acompañados, su protección, repatriación y reinserción, y el número de repatriaciones, ha disminuido drásticamente hasta la cifra de 4 en 2011, frente a las 111 de 2006”.

<sup>477</sup> *Ibidem*. p. 11: “Evaluación del PENIA II. Conclusiones generales agrupadas en 5 categorías. Diseño [...] Las fichas que recogen la evaluación procedente de las CCAA no siempre incluyen la misma información, ya que los criterios de respuesta no aparecen claramente definidos “a priori”. Esta situación hace que prácticamente sea imposible establecer comparaciones entre los datos de unas y otras CCAA. Algo parecido ocurre con las entidades, organismos y ONGs que han participado en la evaluación”.

Actuando dentro del marco de sus competencias en materia de educación, cada comunidad autónoma diseña su propio proyecto educativo dirigido a los menores que desarrollan los centros. La Comunidad Autónoma del Principado de Asturias conforme a la variedad de procedencia, edad, formación y circunstancias personales de los MENAS desarrolla el programa socioeducativo y proyectos de que consta dirigido a todos los centros de la Comunidad para lograr la integración del menor<sup>478</sup>.

La Comunidad valenciana, la Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia dispone en su art. 63 que los “menores extranjeros que se encuentren en la Comunitat Valenciana tendrán derecho a los recursos públicos que faciliten su atención e integración social, lingüística y cultural, respetando su propia identidad” y establece los centros en que se llevará a cabo la atención escolar formativa de los MENAS<sup>479</sup>.

#### **E. Disposición del MENA para integrarse en el centro de acogida**

El proyecto migratorio del MENA, especialmente el marroquí, está dirigido a la obtención de un trabajo que le permita ser autosuficiente y ganar dinero para ayudar a su familia. Por otra parte, su condición de menor de edad no acompañado le convierte en un individuo dependiente en situación de

<sup>478</sup> VV.AA. (Diciembre de 2008). *Informe monográfico a la Junta General del Principado de Asturias. La protección de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Procuradora General del Principado de Asturias: <http://www.integralocal.es/upload/File/Informe%20monogr%C3%A1fico%20elaborado%20por%20la%20Procuradora%20General%20del%20Principado%20de%20Asturias%20sobre%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20menores%20extranjeros%20no%20acomp%C3%B1ados%20en%20Asturia.pdf>

p. 55. Decreto 79/2002, de 13 de junio, instrumentos de programación de los centros de alojamiento de menores. Proyectos:

- a) Proyecto Marco de centros de menores y sus líneas de actuación
- b) Proyecto socioeducativo del centro
- c) Proyecto socioeducativo individualizado de cada menor
- d) Reglamento de régimen interior del centro

<sup>479</sup> VV.AA. (25 de Julio de 2012). *Menores Extranjeros no Acompañados*. Recuperado el 17 de Mayo de 2014, de Síndic de Greuges Comunitat Valenciana: <http://www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf>

pp. 17- 19. Por otra parte, la atención escolar formativa de los menores se lleva a cabo en:

- Centros de escolarización ordinaria aquellos/ as menores de edad inferior a los 16 años.
- Para los mayores de esta edad se buscan alternativas tales como: PCPI; Talleres de formación para la contratación (tres meses de formación más tres meses de contrato); Escuela Taller; Talleres de Formación e Inserción Laboral

desamparo, por lo que es objeto de la protección y tutela del Estado que tiene sobre él la competencia de intervención. En su país es considerado como un adulto al que su familia le exige responsabilidades, en cambio, en España es tratado como un niño necesitado de protección y sujeto a las normas que le impone la sociedad de acogida<sup>480</sup>.

La opinión general sobre los MENAS es que “en su país viven, se comportan y son tratados como adultos”, mientras que en España se encuentran un sistema que los considera niños, “protegiéndolos desde una óptica que no es la suya y que, de hecho, impide la realización de su proyecto migratorio”, prefieren mejorar su situación económica y la de su familia más que su formación o su salud<sup>481</sup>.

La diferente concepción de estos menores en su país de origen y en el nuestro, y la disparidad entre sus expectativas y el plan de formación, hace sentir la necesidad de un conjunto de medidas para que se acomoden a nuestro sistema. En primer lugar, los desajustes son consecuencia de la diferente actitud de los MENAS según su edad, proyecto migratorio, contexto social y cultural de procedencia, y grado de madurez. En segundo término, precisan adecuación formativa para adaptarse al nivel de los menores nacionales. En tercer lugar, sus expectativas de formación se dirigen a lograr un empleo de inmediato lo que requiere la existencia de programas específicos de orientación laboral. Por último, comparten con los menores nacionales la problemática de inserción laboral, aunque el grado de incidencia en los MENAS es más acusada por ser el objetivo de su proyecto migratorio la consecución de un empleo<sup>482</sup>.

---

<sup>480</sup> Goenechea Permisán, C. (19 de Junio de 2006). *Menore inmigrantes no acompanyados: un estudio de su situación en la actualidad*. Recuperado el 29 de Abril de 2014, de Universidad Complutense de Madrid: [weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web\\_I\\_Cong.../menors2.pdf](http://weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web_I_Cong.../menors2.pdf). p. 4.

<sup>481</sup> VV.AA. (16 de Octubre de 2008). *Defensor del Pueblo de Navarra. La situación de los menores extranjeros no acompañados en la Comunidad Foral de Navarra*. Pamplona: Parlamento de Navarra. p. 20.

<sup>482</sup> VV.AA. (25 de Julio de 2012). *Menores Extranjeros no Acompañados*. Recuperado el 17 de Mayo de 2014, de Síndic de Greuges Comunitat Valenciana: <http://www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf> p. 16.



La disposición que tienen los MENAS para aceptar el plan de formación que se le presenta en España depende del país del que proceden y de la condición social y cultural de su familia. Según estas características los MENAS marroquíes se pueden clasificar en varios grupos. Los menores provenientes de la calle que, en su mayoría, no fueron escolarizados o asistieron a una escuela coránica, “reaccionan mal al recurso de la escuela y son incapaces de mantener la concentración sobre algo”. El grupo de perfil urbano y aventurero actúa con desgana en los recursos escolares, “no es su objetivo pasar las mañanas en una escuela”. Los que han nacido en familias desestructuradas del interior del país, tienen nivel cultural bajo, y “son disciplinados y atienden a un sistema de normas externo de manera positiva”. Por último, los menores de situación familiar estructurada han permanecido, por lo general, en la escuela hasta los 15 años, “responden muy bien al recurso educativo”<sup>483</sup>.

Los profesionales de los centros de acogida deben tener especial aptitud y preparación para lograr integrar en el sistema a un alumnado tan variado.

## **2. Formación profesional del personal de los centros de acogida y formación**

El personal de los centros de acogida y de formación tiene que ejercer su labor educativa y de magisterio con unos alumnos que precisan una atención individualizada adecuada, idónea para atender sus necesidades específicas.

Los MENAS, aunque cuantitativamente constituyen un colectivo que es inferior al de inmigrantes adultos, cualitativamente representa un grupo específico y de gran vulnerabilidad, por lo que merece especial atención y dedicación educativa. Por otra parte, España es el país de Europa que mayor número de MENAS acoge. Esto no se debe sólo a su proximidad al continente

---

<sup>483</sup> Cabrera Medina, J. C. (2008). *El fenómeno de la emigración de menores. Análisis desde la Provincia de Cádiz (2002-2007)*. Cádiz: Diputación Provincial de Cádiz.

pp. 53-59. Los MENAS del primer grupo tienen como característica el desconocimiento total de dónde se encuentran, la distancia que hay entre los lugares que conocen y que España es, no ya un país diferente, sino que se trata de algo idílico que pierde incluso su significado natural de nombre de un país diferente al suyo.



africano pues otros países cercanos a África, como Portugal, no los recibe, y llegan en menor número a Italia. Las comunidades autónomas de Cataluña, Andalucía, Valencia, País Vasco y Canarias, son las que mayor porcentaje de menores tienen. Por otra parte, la distribución geográfica de los MENAS no se corresponde con la de los extranjeros adultos<sup>484</sup>.

La Constitución atribuye en exclusiva al Estado las políticas referentes a nacionalidad, emigración e inmigración, extranjería y derecho de asilo (art. 149.1 CE). En cambio, puede ser competencia autonómica la asistencia social (art. 148.1 CE). Por tanto, la legislación de extranjería es de aplicación en todo el territorio nacional pero el modelo y la práctica de la protección asistencial es consecuencia de la legislación autonómica, lo que se traduce en diversidad de actuaciones entre comunidades y dentro de las mismas. También, algunas de ellas han desarrollado programas de formación para el personal educador de los centros de acogida siguiendo diversos criterios pedagógicos<sup>485</sup>.

Varias instituciones que han realizado estudios sobre los planes de formación del MENA, señalan las carencias formativas del personal de los centros de acogida. Sobre este aspecto, el centro Avicena de Melilla señala que: “no se trabaja con personal cualificado” para la formación de los MENAS, aunque los medios y los recursos son suficientemente aceptables. Este es uno de los problemas de los centros, en los que la Administración ha de aunar esfuerzos para mejorar la atención a la infancia con profesionales capacitados para trabajar con los niños de hoy que, si no se arbitran soluciones, serán los delincuentes del mañana<sup>486</sup>.

El informe de la Procuradora General de Asturias de 2008 señala, según los datos obtenidos de los centros de acogida, que los equipos educativos de los centros “no sufrieron modificación” con la incorporación de MENAS a los

---

<sup>484</sup> Sentién, M. L. (17 de Mayo de 2006). *Intervención social con menores extranjeros no acompañados. Diversos modelos*. Recuperado el 24 de Mayo de 2014, de VI Congreso de Escuelas Universitarias de Trabajo Social: [dialnet.unirioja.es/descargas/articulo/200300.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descargas/articulo/200300.pdf). p. 3.

<sup>485</sup> *Ibídem*. pp. 9-10.

<sup>486</sup> Kaddur Hossein, H. (2005). *La atención educativa en centros de acogida de menores: El caso del centro Avicena de Melilla*. Recuperado el 12 de Mayo de 2014, de Universidad de Granada: [hera.urg.es/tesisurg/\(5750851\).pdf](http://hera.urg.es/tesisurg/(5750851).pdf). p. 33.

misimos, “ni recibieron formación específica para atender a este colectivo”, lo que supone una limitación en la intervención educativa<sup>487</sup>.

Un estudio comparativo de los planes de formación en cinco países de la UE, con objeto de recoger la opinión de los MENAS sobre la situación que viven y su experiencia de los sistemas de protección con los que a menudo han tenido contacto, es crítico con la actuación de los profesionales. Los menores y jóvenes entrevistados dicen que, ante la falta de personal con las necesarias capacidades, aptitudes y conocimientos, tuvieron que recurrir a “la ayuda y apoyo de personas externas al sistema de protección”. Los menores proponen que se fortalezcan las redes informales de información, para que éstas les puedan brindar, junto con el apoyo que necesitan en su proyecto migratorio, los elementos que no encuentran dentro del sistema de protección<sup>488</sup>.

Las diferencias entre comunidades autónomas son grandes respecto al número de MENAS que reciben y al trato que se les prodiga en los centros de acogida. Así, puede haber centros que se encuentren saturados y con graves deficiencias de personal, en cambio, otros no conocen estos problemas. En las comunidades de Navarra y Asturias los centros de acogida no presentan situaciones significativos de masificación y conflicto de los menores. Otras, como en el País Vasco, han denunciado graves inconvenientes en estos aspectos.

---

<sup>487</sup> VV.AA. (Diciembre de 2008). *Informe monográfico a la Junta General del Principado de Asturias. La protección de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Procuradora General del Principado de Asturias: <http://www.integrallocal.es/upload/File/Informe%20monogr%C3%A1fico%20elaborado%20por%20la%20Procuradora%20General%20del%20Principado%20de%20Asturias%20sobre%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20menores%20extranjeros%20no%20acomp%C3%A1ados%20en%20Asturia.pdf>. p. 108.

<sup>488</sup> Senovilla Hernández, D. y. (2013). *Menores Extranjeros no Acompañados y sin Protección en Europa*. Recuperado el 13 de Mayo de 2014, de Promoting unaccompanied Children's Access to Fundamental Rights in the European Union: [www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf](http://www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf).

p. 72. El proyecto PUCAFREU ha buscado promover el acceso de los menores extranjeros no acompañados sin protección a los derechos fundamentales reconocidos en la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño, a partir de la realización de diferentes acciones en cinco países europeos. El proyecto consiste en una investigación cualitativa en cinco países, Bélgica, España, Francia e Italia como países de destino o tránsito, y Rumania, como país de origen de este tipo de migración.

Un caso ilustrativo de las dificultades que tuvo que hacer frente el personal de los centros de acogida en el País Vasco aconteció cuando los veintisiete miembros de la plantilla de tres centros pidieron simultáneamente la baja, lo que motivó su cierre temporal. El personal declaró que se encontraba desbordado física y mentalmente. Alegaban problemas de deficiencia en el servicio y sobreocupación de las instalaciones. Reclamaron, además, que la edad mínima para la admisión se estableciera en los quince años y que se tuviera en cuenta los problemas particulares de los MENAS, como su adicción a las drogas, para su traslado a centros específicos<sup>489</sup>.

El informe del Ararteko al Parlamento del País Vasco del año 2005 relaciona diez cuestiones que considera de especial preocupación, en tercer lugar figuran las ligadas a la gestión de los recursos y a la situación laboral de los profesionales que en ellos trabajan, por presentar gran variabilidad, norma general de las actuaciones con el menor en esta comunidad autónoma. En opinión del Ararteko, todas estas cuestiones unidas al natural desgaste y dificultad que supone el trabajo con los menores, inciden en aspectos como las bajas laborales, frecuentes cambios en los equipos, malestar o conflictividad laboral, factores que repercuten negativamente en el trabajo educativo de los profesionales y en la continuidad de las intervenciones<sup>490</sup>.

La necesidad de una formación adecuada de los profesionales la señala también del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Recomendaba que todos los profesionales que trabajan con y para los niños, deberían recibir la pertinente formación interdisciplinar sobre los derechos y necesidades de los

---

<sup>489</sup> Goenechea Permisán, C. (19 de Junio de 2006). *Menore inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad*. Recuperado el 29 de Abril de 2014, de Universidad Complutense de Madrid: [weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web\\_I\\_Cong.../menors2.pdf](http://weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web_I_Cong.../menors2.pdf). p. 6.

<sup>490</sup> VV.AA. . (2005). *Ararteko. Situación de los Menores Extranjeros no Acompañados en la CAPV*. Vitoria: Ararteko.

p. 205 y ss. El Ararteko añade: "Con independencia de las razones que asistan a los menores para manifestar su descontento, a pesar de la dedicación del personal, se pone de manifiesto su falta de preparación profesional y psicológica para asumir su tarea, que no será habitualmente debidamente reconocida por los menores".

diferentes grupos de edad y comunicarse con ellos en todas las edades y estadios de su desarrollo, así como en los actos que se adoptan con ellos<sup>491</sup>.

### **3. Competencias asumidas por las CCAA en materia de extranjería**

La Constitución de 1978, art. 137 CE, organiza territorialmente el Estado en municipios, provincias y comunidades autónomas, gozando las tres entidades de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. La autonomía política ha dotado a las comunidades de un sistema parlamentario de gobierno con potestad legislativa y administrativa, teniendo sus gobiernos facultades ejecutivas, administrativas y reglamentarias<sup>492</sup>.

Por otra parte, el art. 148.1.20ª CE establece que Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de “Asistencia social” y el art. 148.2 que transcurridos cinco años, mediante la reforma de sus estatutos, las comunidades autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias en el marco del art. 149.

En materia asistencial, Ruiz Legazpi señala que: “El artículo 148.1.20ª CE fija como competencia que las comunidades autónomas pueden asumir en exclusiva la asistencia social” y es el fundamento constitucional sobre el cual todas las comunidades autónomas, incluidas las llamadas de autonomía limitada, asumieron la competencia sobre protección de menores<sup>493</sup>.

En realidad, el proceso de traspaso de competencias en materia de protección de menores del Estado a las autonomías es más complejo, como lo refleja el Defensor del Pueblo en su informe de febrero de 2009 pues, además de la citada base constitucional, tiene lugar en virtud de las competencias que

---

<sup>491</sup> VV.AA. (31 de Mayo de 2011). *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*. Recuperado el 08 de Junio de 2014, de Council of Europe: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Guidelines%20on%20child-friendly%20justice%20and%20their%20explanatory%20memorandum%20\\_4\\_.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Guidelines%20on%20child-friendly%20justice%20and%20their%20explanatory%20memorandum%20_4_.pdf) p. 7.

<sup>492</sup> Torres del Moral, A. (1992). *Principios de Derecho Constitucional Español. Tercera edición renovada*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. pp. 303-306.

<sup>493</sup> Ruiz Legazpi, A. (2014). *La distribución competencial en materia de inmigración juvenil*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic. p. 81.

las autonomías se habían atribuido en sus estatutos en materia de asistencia social, bienestar, política infantil y juvenil, protección y tutela de menores<sup>494</sup>.

La asunción de competencias por las autonomías en materia de asistencia social e integración de inmigrantes, por su incidencia en la integración de extranjeros, colisiona con el control exclusivo del Estado sobre los flujos migratorios.

Los estatutos de autonomía aprobados a partir del año 2006, incluyen extensas tablas de derechos de marcado carácter socioeconómico, lo que plantea dos cuestiones, la primera su constitucionalidad, la segunda “la naturaleza y eficacia jurídica de los derechos socioeconómicos”. Sobre la constitucionalidad de la medida, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 15, sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, declara

---

<sup>494</sup> VV.AA. . (02 de Febrero de 2009). *Defensor del Pueblo. Centros de protección de monores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*. Madrid: Defensor del Pueblo.

pp. 40-44. A partir de 1987, el legislador estatal incorpora al Código Civil dos instituciones de la Administración pública para la protección del menor: la tutela administrativa del menor desamparado y la guarda administrativa.

Las comunidades autónomas que tenían competencias en legislación civil, pudieron regular las instituciones de protección pública del menor, al amparo del título competencial legislación civil. No obstante, Cataluña había regulado esta materia en una norma administrativa, acogiéndose a lo dispuesto en el título competencial, instituciones públicas de protección y tutela de menores (art. 9.28 de su Estatuto de Autonomía de 1979). Posteriormente, en 1991, Cataluña legisló sobre la protección del menor, en virtud del título competencial legislación civil (Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados).

En 2005, Navarra, invocando la competencia en legislación civil, regula algunas instituciones de protección pública de menores, por ejemplo, la tutela administrativa de los menores desamparados.

Aragón, entre 1989 y 2001, acogiéndose a la competencia sobre asistencia, bienestar social, desarrollo y juventud, pasó a legislar instituciones de protección pública de menores en una norma civil, en el año 2006 (Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona).

Galicia, en el año 2006, ha legislado en normativa civil el conjunto de la actuación administrativa, incluida las situaciones de riesgo, en materia de protección de menores y, en la de instituciones jurídicas, a través de las que esta actividad se articula (Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia).

Las comunidades autónomas, que no tenían competencias en materia de legislación civil, debían aplicar directamente las disposiciones del Código civil, en relación a la protección del menor, acogiéndose a la habilitación que les concedía en art. 148.1.20ª, sobre Asistencia social, de la Constitución.

Por último, otras autonomías se han atribuido en sus estatutos, competencias con carácter exclusivo en materia de protección del menor o de instituciones públicas de protección del menor. Esta materia no ha sido contemplada en la Constitución pero, las comunidades autónomas se la podrían abrogar al amparo de la cláusula residual del art. 149.3 CE, “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos”.



que los Estatutos de Autonomía, por sí mismos, no pueden establecer derechos subjetivos en sentido estricto sino, solamente, directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos que “habrán de ser tomadas en consideración por este Tribunal Constitucional cuando controle la adecuación de las normas autonómicas al correspondiente estatuto”<sup>495</sup>.

Montilla Martos incorpora a sus trabajos anteriores sobre la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades, la importante novedad que significan las reformas estatutarias, específicamente las acaecidas en Cataluña (LO 6/2006) y Andalucía (LO 2/2007). Para este autor: “Suponen la inclusión en el Estatuto, y con ello, en la Constitución territorial (la Constitución más los Estatutos) de la inmigración como materia competencial, con las matizaciones que luego se harán”<sup>496</sup>.

La afirmación de Montilla Martos: “no toda actuación pública relacionada con la inmigración es competencia del Estado en cuanto que existen títulos competenciales autonómicos de carácter sectorial que inciden en este fenómeno y a los que no alcanza la competencia estatal, pues supondría invadir el espacio competencial autonómico”, le lleva a Vidal Fueyo a señalar que: “Desde esta premisa, resulta claro que la evolución de fenómeno migratorio en España impide mantener su consideración como competencia exclusiva del Estado, pese a la referencia textual, sin matices, del art. 149.1.2 CE. La necesidad de descentralizar la política de extranjería se presenta, por tanto, como algo necesario si se pretende adecuar la política a la realidad y si se afronta el hecho migratorio no como algo temporal o excepcional, sino como un proceso con vocación de permanencia”<sup>497</sup>.

---

<sup>495</sup> Carro Fernández Villamayor, J. L. y Miguez Macho, Luis (2009). *Comunicación al VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Servicios Sociales y Crisis Económica: Los Límites del Estado del Bienestar*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2015, de Dialnet Unirioja: [dialnet.unirioja.es/servlet/aleaut?codigo=72586](http://dialnet.unirioja.es/servlet/aleaut?codigo=72586) pp.2-3

<sup>496</sup> Montilla Martos, J. A. (2007). *La distribución de competencias en inmigración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Reforma de Estado autonómico*. En Montilla Martos, J. A. y Vidal Fueyo, M. C. *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas* (págs. 9-57). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p.10.

<sup>497</sup> Vidal Fueyo, M. d. (2007). Breve aproximación a las políticas autonómicas en materia de inmigración. En J. A. Montilla Martos, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas* (págs. pp. 59-79). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.



No obstante, la diversidad de políticas autonómicas migratorias tiene repercusiones negativas, como señala Vidal Fueyo<sup>498</sup>.

Convendría partir de que en el origen, el Estado autonómico se constituye con la intervención de dos principios, el principio democrático y el de autonomía. La convivencia entre estos dos principios no es pacífica, pues se contraponen, pero como señala Portero Molina, el principio democrático está “en el origen del Estado constitucional compuesto”, lo que permitió al constituyente, dar entrada al principio de autonomía en la Constitución. El principio democrático actúa como elemento de garantía de la igualdad, que el art. 1.1 CE propugna como uno de los valores del ordenamiento jurídico<sup>499</sup>.

El principio de autonomía debe conjugarse con el principio democrático que permite al Estado establecer la normativa de extranjería de manera que los MENAS sean acogidos conforme a los mismos patrones y gocen de los mismos derechos con independencia de la autonomía que los tutele. No obstante, determinadas CCAA y sectores doctrinales afines discuten la citada potestad normativa del Estado y su fundamento constitucional.

Moya se encuentra entre los que cuestionan el papel principal del Gobierno en política migratoria: resulta “al menos discutible que el actor principal de la política migratoria sea el Gobierno y el fundamento de tal atribución, el art. 149.1.2 CE tal y como establece el art. 2 bis.1º LODYLE, pues

---

p. 60. [...] “la circulación de extranjeros entre CCAA requiere una coordinación de políticas autonómicas que, hasta la fecha, es inexistente”. Esta diversidad presenta, además, debilidades: “En una situación intermedia se encuentran el resto de los planes, de las CCAA, que presentan luces y sombras, detectándose muy poca relación entre las distintas CCAA cara al intercambio de experiencias para aprender de los éxitos conseguidos y evitar los errores cometidos en regiones pioneras en la materia” [...], “pero faltan medidas dirigidas a grupos especialmente desprotegidos (menores, violencia de género) y no se fija dotación presupuestaria”. Denuncia también: “una importante falta de coordinación entre la Administración local, la autonómica y la estatal en lo que a políticas públicas en materia de inmigración se refiere, lo que proyecta tensiones e ineficiencias en la gestión de muchos servicios públicos”

<sup>498</sup> Ibídem. p. 62.

<sup>499</sup> Portero Molina, J. A. (1997). Principio democrático y principio de autonomía. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, pp. 413-428.

p. 414. El principio democrático, comporta, presupone, la igualdad, que “se configura como valor superior (en el art. 1.1) que...se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la CE., como norma suprema, proclama” (STC.8/83, FJ 3).

éste como mínimo comparte protagonismo con el poder legislativo, en especial la «regulación» de la política de inmigración”<sup>500</sup>.

Ante esta diversidad de criterios parecía que la STC 31/2100 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) iba a zanjar la cuestión de la distribución de las competencias entre el Estado y las CCAA, pero, no ha sido así.

Montilla Martos, está en desacuerdo con la STC 31/2100 EAC: “Pese a lo que pretende la STC 31/2010, la inmigración no puede ser concebida en la actualidad como una materia competencial autonómica o estatal sino como un fenómeno de alcance amplio en el que concurren distintas políticas que se ejercen en virtud de títulos competencias estatales y autonómicos”, en su opinión: “resultaba necesaria una reinterpretación del artículo 149.1.2 CE, que considera a la inmigración una materia de competencia exclusiva del Estado, sin más matices, para dar cabida constitucional a las facultades competenciales de titularidad autonómica” que les permiten desarrollar políticas de inmigración. Para Montilla, el planteamiento del art. 149.1.2 CE que concibe la “inmigración como materia competencial reservada íntegra y exclusivamente al Estado, es, simplemente, anacrónico”<sup>501</sup>.

Considera Montilla Martos, que la competencia exclusiva del Estado en inmigración, “es insostenible en la actualidad”. Sobre esta materia “no sólo debemos encuadrar esa referencia a la situación político-administrativa de la persona migrada sino también las distintas políticas que pretenden su

---

<sup>500</sup> Moya, D. (2011). *La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009*. En Moya, D. y Aguelo Navarro, P; *La reforma de la Ley Orgánica de Extranjería* (págs. pp. 15-70). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 19.

<sup>501</sup> Montilla Martos, J. A. (2011). *Las competencias autonómicas en inmigración tras la STC 31/2010*. Revista de Estudis Autònoms i Federals (REAF) núm. 14 , pp. 152-185.

p. 152. “Pese a lo que pretende la STC 31/2010, la inmigración no puede ser concebida en la actualidad como una materia competencial autonómica o estatal sino como un fenómeno de alcance amplio en el que concurren distintas políticas que se ejercen en virtud de títulos competencias estatales y autonómicos. Por ello, si a efectos propedéuticos queremos considerarla una materia competencial, esto es, el objeto sobre el que recae el conjunto de facultades a desplegar por el Estado, la Comunidad Autónoma o ambos, resultaba necesaria una reinterpretación del artículo 149.1.2 CE, que considera a la inmigración una materia de competencia exclusiva del Estado, sin más matices, para dar cabida constitucional a las facultades competenciales de titularidad autonómica que permiten desarrollar a estas Comunidades Autónomas políticas de inmigración. En puridad, el planteamiento que resulta del art. 149.1.2 CE: la inmigración como materia competencial reservada íntegra y exclusivamente al Estado, es, simplemente, anacrónico”.

integración en la sociedad de acogida”. Propugna que, “desde la perspectiva competencial, ello significa que la concepción constitucional originaria debe mutar para adaptarse a la nueva realidad que debe normar”<sup>502</sup>.

Sobre esta cuestión el TC en la Sentencia 31/2010 sobre el EAC “señala que el conjunto de competencias o potestades, de evidente carácter asistencial y social que el art. 138.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye a la Generalitat, no relegan la competencia exclusiva que el Estado ostenta en materia de inmigración”<sup>503</sup>, dejando fuera de lugar las opiniones de Montilla Martos que pretender atribuir a las comunidades autónomas competencias en materia de inmigración más allá de la asistencia social.

Entendemos por nuestra parte que las políticas autonómicas de integración y asistencia social a los inmigrantes no deben interferir la competencia exclusiva del Estado en materia de inmigración que, por otra parte, tiene la responsabilidad del control de los flujos migratorios en el territorio nacional, respondiendo de la ejecución de las políticas internas y de las provenientes de la UE.

Señalaremos, a continuación, algunas disfunciones que en la práctica se producen en la atención social e integración de los MENAS como consecuencia de la diversidad normativa autonómica en estas materias y por su falta de armonización.

En el caso de la Comunidad del País Vasco la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, atribuye a estos, en su art. 7 c) 1 y 2, la ejecución de la legislación de las instituciones comunes en las materias de asistencia social y política infantil y juvenil, sin perjuicio de la acción directa que éstas realicen. Tras la transferencia de competencias, son

---

<sup>502</sup> Montilla Martos, J. A. (2011). *Las competencias autonómicas en inmigración tras la STC 31/2010*. Revista de Estudis Autònoms i Federals (REAF) núm. 14 , pp. 152-185. p. 153.

<sup>503</sup> VV.AA. (21 de Junio de 2013). *El Gobierno anuncia una nueva reforma de la Ley de extranjería en CORA*. Recuperado el 06 de Mayo de 2014, de Migrar con Derechos: [http://www.migrarconderechos.es/noticias/Reforma\\_de\\_la\\_LOEx\\_ahora\\_en\\_CORA](http://www.migrarconderechos.es/noticias/Reforma_de_la_LOEx_ahora_en_CORA) p. 1.

las diputaciones las entidades públicas que ejercen las funciones relativas a la protección de la infancia, juventud y familia en cada Territorio histórico<sup>504</sup>.

El resultado de esta transferencia de competencias lo señala el Ararteko en su informe del año 2005, al considerar de especial preocupación las cuestiones ligadas a la gestión de los recursos y a la situación laboral de los profesionales de los centros de acogida, por presentar una gran variabilidad, norma general de las actuaciones relacionadas con el menor en la CA, [...] factores que repercuten negativamente en el trabajo educativo de los profesionales y en la continuidad de las intervenciones.

La diversidad normativa y de actuación administrativa existente entre las comunidades autónomas, ha llevado aparejada diferencias de procedimientos en el ámbito de la protección del MENAS y, también, a la falta de coordinación entre las diversas administraciones en España, situación que ha sido denunciada por diversas instituciones. Por ejemplo, en algunas comunidades autónomas la declaración de desamparo se realiza una vez que se ha localizado el menor; en otras autonomías el menor queda en situación de guarda de hecho en el centro de acogida sin asumir su tutela hasta que se constatan las circunstancias que aconsejan la permanencia del menor en España<sup>505</sup>.

La declaración de desamparo debería efectuarla la comunidad autónoma una vez que el Ministerio Fiscal ponga el menor a disposición de los servicios competentes de esa comunidad, conforme a la normativa de extranjería.

Otra muestra de las diferencias se presenta en la formalización del expediente de situación de riesgo del menor y en los trámites consiguientes. En

---

<sup>504</sup> V.AA. . (2005). *Ararteko. Situación de los Menores Extranjeros no Acompañados en la CAPV*. Vitoria: Ararteko. p. 42.

<sup>505</sup> Sánchez Jiménez, M. Á. (2010). Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados. *Fundación Mariano Ruíz Funes*, pp. 119-143.

p. 127. Entre las instituciones: El Defensor del Pueblo, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo Europeo y el Comité de los Derechos del Niño de NU.

Cataluña estos trámites duran un año, en cambio, en Madrid o La Rioja, son tres meses prorrogables por dos más<sup>506</sup>.

En cuanto a los tipos de centro que acogen a los menores, en Cataluña son específicos para MENAS tanto los de primera acogida como los permanentes. En cambio, en Andalucía los MENAS ingresan en centros de primera acogida específicos, luego se promueve su integración en centros comunes para nacionales y extranjeros. En la comunidad de Madrid el procedimiento es inverso, los MENAS son acogidos en centros comunes y después, los menores que permanecen pasan a recursos específicos para extranjeros<sup>507</sup>.

Con esta y otras motivaciones el Defensor del Pueblo propone en su informe anual de 2014, entre otros asuntos, la creación de una Agencia Estatal de Inmigración y Emigración que reúna y “coordine el trabajo de las distintas oficinas y departamentos que actúan en la Administración General del Estado y en las Administraciones autonómicas”. Esta Agencia podría ser un “órgano que reuniera las diversas atribuciones ejecutivas de la Administración estatal y de las Comunidades Autónomas”. La propuesta prevé las funciones de la Agencia que abarcarían todo el proceso de acogida del menor, tanto en la fase interna como en el exterior, incluyendo los trámites documentales posteriores a la llegada<sup>508</sup>.

En el ámbito del Consejo de Europa, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo Europeo, tras su visita de inspección a España en noviembre de 2005 señala en su informe la falta de coordinación entre administraciones; algunas de las dificultades apreciadas provienen de la “falta de coordinación entre las distintas administraciones autonómicas que, a veces,

---

<sup>506</sup> VV.AA. (Mayo de 2014). *La escucha y el interés superior del menor*. Recuperado el 01 de Junio de 2014, de El Defensor del Pueblo: [http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/menores\\_justicia\\_2014.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/menores_justicia_2014.pdf) p. 25.

<sup>507</sup> Iglesias Skulj, A. (2012). *La influencia del "interés superior del niño" en los caso de repatriación de menores extranjeros no acompañados en el Estado español*. Recuperado el 13 de Febrero de 2015, de ECRIM. Research group on Delinquency and Criminal Justice in the 21st century University of A Coruña: [www.ecrim.es/publications/2012/InteresNinho.pdf](http://www.ecrim.es/publications/2012/InteresNinho.pdf). p. 10.

<sup>508</sup> España Exterior. (10 de Junio de 2008). *El Defensor del Pueblo propone crear una Agencia Estatal de Inmigración y Emigración*. Recuperado el 13 de Junio de 2014, de Xunta de Galicia. Del Informe del Defensor del Pueblo, Enrique Müjica, del año 2007.

llevan a cabo políticas y prácticas distintas e incluso contrapuestas”. Denuncia además, la “escasa cooperación entre la Administración autonómica y la Administración” del Estado para dar soluciones satisfactorias a los MENAS, estando repartida la responsabilidad sobre ellos “correspondiendo a la Administración autonómica la tutela y a la Administración estatal la repatriación y la documentación de los menores”<sup>509</sup>.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas censura la falta de coordinación administrativa y deficiencias en la legislación autonómica sobre el menor. Por esto, recomienda a España en noviembre de 2010: “que adopte todas las medidas necesarias para asegurar que la legislación y las normas administrativas de todas las comunidades autónomas se ajusten plenamente a los principios, a las disposiciones de la Convención y los dos Protocolos facultativos”, y que “siga procurando mejorar el sistema de coordinación efectiva y adecuada en la Administración central y entre las comunidades autónomas para aplicar políticas destinadas a la promoción y protección del niño, tal como ha recomendado anteriormente”<sup>510</sup>.

El hecho cierto es que “se está produciendo una divergencia de las condiciones de acceso de los extranjeros no comunitarios a los distintos servicios, así como en los requisitos cuyo cumplimiento permite su permanencia en territorio nacional”<sup>511</sup>, por lo que el Gobierno por vía legislativa trata de establecer una política aplicable en todo el ámbito nacional, que permita mejorar la acogida y la asistencia social de los inmigrantes con la necesaria seguridad jurídica, con independencia de la comunidad autónoma en que se encuentren.

Otro factor importante que desaconseja la diversidad normativa en materia de inmigración, es la redistribución interna de los extranjeros por medio de las migraciones interiores. En principio, los extranjeros se concentran en las

---

<sup>509</sup> VV.AA. (2005). *Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España 10-19 de marzo de 2005 a la atención del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria*. Madrid: Defensor del Pueblo. p. 36.

<sup>510</sup> VV.AA. (03 de Noviembre de 2010). *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: España*. Recuperado el 11 de Junio de 2014, de UNICEF: p. 3.

<sup>511</sup> *Ibídem*. p. 2.



provincias que son los principales puntos de entrada en España. Los desplazamientos a otras provincias obedecen a varios motivos. Uno de ellos es la reagrupación con familiares o amigos que les ofrecen oportunidades complementarias. Otra motivación es de carácter económico, trasladándose a provincias o autonomías en las que perciben van a tener mejores condiciones de vida. Por último, se pueden mover de zonas con mayor densidad de extranjeros a otras en que ésta es menor para tener menos competencia, o por que los costes de la vivienda son menores<sup>512</sup>.

Con objeto de corregir las diferencias de las condiciones de acceso de los extranjeros de terceros países, a los distintos servicios y la diversidad de requisitos que deben cumplir para conseguir el permiso de residencia o trabajo, el Gobierno estima conveniente enmarcar todos estos criterios y actuaciones “en una política nacional de integración” para conseguir una mejor inclusión y acogida en la sociedad y no solo en el ámbito de la asistencia social<sup>513</sup>.

---

<sup>512</sup> Pumares Fernández, P. e. (s.f.). *La movilidad laboral y geográfica de los inmigrantes en España*. Recuperado el 5 de Junio de 2014, de Observatorio Permanente de la Inmigración : [http://extranjerios.empleo.gob.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Publicaciones/archivos/movilidad\\_laboral.pdf](http://extranjerios.empleo.gob.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Publicaciones/archivos/movilidad_laboral.pdf) p. 123.

<sup>513</sup> VV.AA. (21 de Junio de 2013). *El Gobierno anuncia una nueva reforma de la Ley de extranjería en CORA*. Recuperado el 06 de Mayo de 2014, de Migrar con Derechos: [http://www.migrarconderechos.es/noticias/Reforma\\_de\\_la\\_LOEx\\_ahora\\_en\\_CORA](http://www.migrarconderechos.es/noticias/Reforma_de_la_LOEx_ahora_en_CORA) p. 1.



## TERCERA PARTE. VISIÓN COMPRENSIVA DE LA MIGRACIÓN DE LOS MENAS

### I. DERECHO A EMIGRAR Y CONTROL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS

#### 1. Derecho a emigrar

El derecho a emigrar es inherente a la libertad de circulación que, según la Organización Internacional para las Migraciones, es un derecho basado en el art. 13.1 DUDH: "Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado" y en el derecho a salir y a regresar a su propio país, art. 13.2 DUDH: "Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país"<sup>514</sup>.

Una parte de la doctrina, siguiendo lo proclamado en la Declaración, defiende el derecho de toda persona a emigrar. En efecto, en el ámbito de Naciones Unidas la DUDH reconoce en sus arts. 13 y 14 el derecho de toda persona a circular libremente, a salir de su país y regresar a él y a solicitar asilo y gozarlo en cualquier país. No obstante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) limita el derecho a circular libremente por el territorio de un país a "toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado". El art. 12 PIDCP establece, pues, una restricción al disfrute del derecho de libre circulación, entrada y salida de un país, a los que no hayan entrado legalmente en él<sup>515</sup>.

---

<sup>514</sup> Organización Internacional para las Migraciones. <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/key-migration-terms-1.html#Migrante>.

<sup>515</sup> Ramiro Avilés, M. Á. (2010). *INFORME "El tiempo de los derechos", núm. 32*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

p. 5. Art. 12 PIDCP:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

El art. 12.4 del PIDCP advierte que “nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”. Por lo tanto, la facultad del Estado de prohibir la entrada de sus nacionales puede ser potestativa pero sujeta a que fije las condiciones por las que les limita ese derecho. Por otra parte, en ausencia de mecanismos internacionales que las controlen, será el mismo Estado quien juzgue si sus medidas, aplicadas a cada caso concreto, son conformes con la normativa interna existente. Por lo tanto, el derecho de entrada de una persona en su país, puede no ser absoluto y estar limitado por los parámetros que el Estado establezca<sup>516</sup>.

Conforme con el concepto tradicional la soberanía del Estado es absoluta y exclusiva dentro de su territorio. Las limitaciones impuestas a su ejercicio desde el exterior constituirían un menoscabo a su independencia. Inherente a la soberanía del Estado es su facultad de prohibir o permitir la entrada a determinados extranjeros o grupos de extranjeros en su territorio, siempre que la prohibición sea por motivos justificados<sup>517</sup>.

El art. 3. 2, del Protocolo adicional nº 4 al CEDH, formula el derecho de los nacionales a entrar en su país de forma absoluta y no permite que sean privados de este derecho aunque existan motivos que así lo aconsejen, como se deduce de la dicción literal del citado artículo: “nadie podrá verse privado del derecho de entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional”. Esta formulación coincide con la del art. 22.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Del análisis comparado de los tratados de derechos humanos se concluye que la normativa internacional admite, generalmente, la obligación de los estados de permitir la entrada de sus nacionales en su territorio de forma absoluta, aunque, otros tratados contemplen la potestad del Estado para establecer condiciones al derecho de regreso de sus ciudadanos a su propio país<sup>518</sup>.

---

<sup>516</sup> Chueca Sancho, Á. G. (1998). *La expulsión de extranjeros en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Zaragoza: Egido Editorial, S. L. p. 16.

<sup>517</sup> Torroba Sacristán, 1993, p.168, citado por Ripoll Carulla, S. (s.f.). *El artículo 149.1.2 de la Constitución Española*. Recuperado el 23 de Agosto de 2014, de Itinera Universitas. p. 2.

<sup>518</sup> Chueca Sancho, Á. G. (1998). *La expulsión de extranjeros en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Zaragoza: Egido Editorial, S. L. pp. 16 y 17.

Una parte de la doctrina aboga por la libre entrada y circulación de nacionales y extranjeros en los países. Se basa en que las constituciones de los estados democráticos proclaman que cada ciudadano tiene derecho a escoger libremente su residencia dentro del territorio del país en el que esté vigente tal derecho. Propugnan, a continuación, la “unanimitad universal de reconocer a cada individuo el derecho a cambiar libremente su residencia” [...] “dentro de las fronteras estatales internacionalmente reconocidas”. El siguiente paso consiste en cuestionar el significado de los conceptos de soberanía y frontera. Por último, argumentan que son contrarias al derecho natural las limitaciones a la libre circulación de las personas pues los habitantes de un país independiente no son propietarios de su territorio, por lo que no pueden excluir del mismo a los forasteros o extranjeros<sup>519</sup>.

En el siguiente epígrafe analizaremos si el propugnado derecho de permitir la entrada a los extranjeros en su territorio es reconocido por los estados.

## **2. Derecho a entrar en un país**

Todos los países a los cuales querría ir la gente restringen la entrada a los no nacionales. Esto quiere decir que, en el análisis final, son las políticas de los potenciales países receptores las que determinan si la entrada puede tener lugar y de qué manera<sup>520</sup>.

Las constituciones estatales proclaman, generalmente, el derecho de sus ciudadanos a salir de su territorio o derecho de libre circulación, en cambio, no reconocen el que podría ser correspondiente derecho de los extranjeros a entrar en su país. Los acuerdos de Helsinki extendieron la idea de que es un derecho natural del hombre dejar el territorio en que vive, el derecho a salir,

---

<sup>519</sup> Peña, L. (1992). *El derecho del individuo a circular libremente y a escoger su residencia*. Recuperado el 2014 de Agosto de 2014, de Instituto de Filosofía del CSIC, Madrid. p.2.

<sup>520</sup> Meyers, E. (2000). *Theories of International Immigration Policy-A Comparative Analysis*. Center for Migration Studies of New York. IMR Volume 34 Number 4 , pp. 1245-1282. p.1245.:

As Zolber observed: "All the countries to which people would like to go restrict entry. This means that, in the final analysis, it is the policies of potential receivers which determine whether movement can take place, and of what kind" (1989 p. 406)

pero nunca han proclamado que exista el derecho a entrar en el territorio de otros. La persona que abandona su país lo hace para entrar en otro territorio distinto al suyo. Según los acuerdos, la persona tiene derecho a ir a un país pero no a uno concreto y determinado. El derecho a entrar en un país depende de que éste le conceda el permiso de entrada, esto es, la persona tiene derecho potencial a entrar en un país, aunque este derecho no es absoluto<sup>521</sup>.

Son conocidas las limitaciones, barreras y controles que los potenciales países anfitriones establecen para controlar la inmigración, a pesar de que los inmigrantes se ven impelidos a abandonar sus países de origen por causa de la pobreza, las enfermedades, el subdesarrollo y, cada vez de forma más acuciante y dramática, los efectos de las guerras entre estados y de los desórdenes y rivalidades políticas, religiosas y raciales dentro de los estados<sup>522</sup>.

Por otra parte, la capacidad de absorber inmigrantes por el Estado es limitada. En los últimos años, la UE ha estado recibiendo una media de un millón ochocientos mil inmigrantes por año. Como consecuencia, la inmigración se ha convertido en un tema clave para varios estados miembros que ha conducido a la aparición de partidos políticos antiinmigración en Holanda, Austria y Francia<sup>523</sup>.

La persona migrante integra una doble condición, la de emigrante al salir de su propio país, y la de inmigrante al llegar al país de destino. La situación de legalidad administrativa de esta persona puede no ser la misma en ambos casos.

Ante todo, se debe precisar la terminología aplicada a los inmigrantes. El extranjero que entra en un país sin utilizar los cauces legales establecidos comete una falta administrativa pero no un delito. Se puede decir que se encuentra en situación administrativa irregular, pero no que es un inmigrante

---

<sup>521</sup> Peña, L. (1992). *El derecho del individuo a circular libremente y a escoger su residencia*. La Balsa de la Medusa Nº 21, pp. 3-17. p. 5.

<sup>522</sup> Colomer Viadel, A. (2006). *Inmigrantes y emigrantes*. Valencia: Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia.

<sup>523</sup> VV.AA. (21 de Julio de 2011). *Inmigration and Asylum*. Recuperado el 19 de Agosto de 2014, de CIVITAS: <http://www.civitas.org.uk/eufacts/FSEX/EX1.htm> p. 2.



ilegal. En el año 2000 la Comisión de Defensa del Colegio de Abogados de Barcelona emitió un dictamen mediante el cual rechazaron el uso del término ilegal para referirse a inmigrantes. El término que precisa mejor la situación de esta categoría de personas sería el de extranjero o inmigrante sin permiso de residencia<sup>524</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho ninguna persona es ilegal aunque pueda cometer actos delictivos. Por tanto, si calificamos como ilegal a una persona “se pervierte el más íntimo sentido del derecho, se comete un auténtico fraude en la interpretación o en la aplicación del derecho”; este fraude o esta perversión se manifiestan cualquiera que sea el contenido de la norma concreta que se pretende interpretar o aplicar<sup>525</sup>.

Conforme al actual ordenamiento jurídico internacional, los estados no están obligados a permitir la entrada de las personas extranjeras. La entrada de los no nacionales en un país está regulada por las normas internas del Estado y por los convenios internacionales que tenga suscritos sobre la materia. La discrecionalidad del Estado, que no es absoluta, puede establecer condiciones de entrada a los extranjeros, como pasaporte, visado, solvencia económica para su sustento y otras. En ningún caso, las medidas del Estado podrán constituir ningún tipo de discriminación por razones de edad, raza, sexo, religión o cualquier otra<sup>526</sup>.

#### **A. Derecho a entrar en un país conforme al sistema jurídico europeo**

El CEDH dispone que los estados partes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio. La mayoría de los derechos que configuran el primer grupo señalado son igualmente reconocidos y protegidos por el CEDH: toda persona

---

<sup>524</sup> Fernández Laborda, A. (Enero de 20114). *Del inmigrante ilegal al sin papeles ¿La visión jurídica como solución para la deontología periodística?* Recuperado el 23 de Agosto de 2014, de Noticias Jurídicas: [noticias.juridicas.com/.../201401-del-inmigrante-ilegal-al-sin-papeles.htm](http://noticias.juridicas.com/.../201401-del-inmigrante-ilegal-al-sin-papeles.htm). p. 4.

<sup>525</sup> Chueca Sancho, Á. (s.f.). *Migraciones y Codesarrollo: Derechos Humanos y Cohesión Social*. Recuperado el 22 de Febreto de 2015, de Universidad Rey Juan Carlos: [https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/.../Capitulo\\_02.pdf](https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/.../Capitulo_02.pdf). p. 27.

<sup>526</sup> Chueca Sancho, Á. G. (1998). *La expulsión de extranjeros en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Zaragoza: Egido Editorial, S. L. p. 18.

que haya entrado legalmente en un Estado parte tiene derecho a la libre circulación en el territorio de dicho Estado y a escoger libremente su residencia (art. 2 del Protocolo nº 4 del CEDH); sus arts. 3 y 4 prohíben la expulsión de nacionales o que se niegue a una persona la entrada en el territorio del Estado del que fuese nacional (art. 3); prohíbe también la expulsión colectiva de extranjeros (art. 4). En este sentido, el Protocolo núm. 7 establece la prohibición de la expulsión arbitraria de extranjeros (art.1) y reconoce nuevas garantías procesales<sup>527</sup>.

Si bien el CEDH no reconoce el derecho de entrada en el territorio de un estado, el TEDH protege los derechos fundamentales de los inmigrantes en los casos de su expulsión, repatriación o devolución. Incluso si extranjero inmigrante hubiese cometido delitos, no se le puede limitar el derecho a protección, como lo señala el Tribunal en las sentencias *Ahmed c. Austria*, de 17 de diciembre de 1996 y *D c. Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997. El art. 3 de la Convención es enumerado en el art. 15 CEDH, por lo que queda protegido de derogación, incluida la situación de emergencia nacional<sup>528</sup>.

El sistema de protección de derechos del Consejo de Europa define los que tienen los extranjeros (derecho a entrar) de modo negativo, aunque el Estado tenga obligaciones positivas y negativas con respecto a los extranjeros. Esto es, los extranjeros no se benefician de los derechos de entrada ni de permanencia en un país. Por otra parte, pueden ser en su caso expulsados, devueltos o extraditados. También pueden ver limitadas sus opciones políticas. A pesar de que el CEDH permita, en determinadas situaciones, la expulsión y la extradición, estas acciones podrían ser causa de violaciones de la Convención<sup>529</sup>.

Por otra parte, la jurisprudencia constante del TEDH en los casos *Gül c. Suiza*, *Ahmut c. Holanda*, *Sen c. Holanda* y *Tuquabo-Tekle c. Holanda*, señala

---

<sup>527</sup> Pérez-Ugena, M. y. (2008). *Consideraciones acerca de los derechos de los extranjeros en España*. Recuperado el 01 de Febrero de 2015, de Universidad Rey Juan Carlos: [https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/curso/materiales/MA\\_Cano\\_Consideraciones\\_extranjeros\\_Espana.pdf](https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/curso/materiales/MA_Cano_Consideraciones_extranjeros_Espana.pdf). p. 11.

<sup>528</sup> Mangas Martín, A et al. . (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Bilbao: Fundación BBVA. p. 384.

<sup>529</sup> Chueca Sancho, Á. G. (1998). *La expulsión de extranjeros en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Zaragoza: Egido Editorial, S. L. p. 29.

en primer lugar, que la obligación del Estado de admitir en su territorio a parientes de inmigrados depende de la situación de los interesados y del interés general. En segundo lugar, según Derecho internacional bien establecido, los estados tienen la facultad de controlar la entrada de los no nacionales dentro de sus fronteras, con independencia de los compromisos adquiridos en los tratados sobre esta materia. Por último, el art. 8 CEDH, en cuanto se refiera a la inmigración, no puede interpretarse de manera que implique una obligación general para el Estado la obligación de tener que respetar la elección de la residencia común de las parejas casadas y de permitir que se reagrupe la familia en su territorio<sup>530</sup>.

La política de inmigración de la UE distingue tres líneas de actuación: la seguridad, los derechos de los inmigrantes y su integración en la sociedad receptora, sin embargo, no fortalece los mecanismos de integración. La política migratoria común se ha convertido en la Unión en un gran objetivo que se debe conjugar con el contenido de la ciudadanía europea, la integración, los derechos fundamentales de los extranjeros, la igualdad y la no discriminación<sup>531</sup>.

El punto inicial y referente en materia de la política migratoria de la Unión, es el art. 63 del Tratado Constitutivo de la Comunidad, siendo uno de sus objetivos fundamentales la lucha contra la inmigración ilegal y el tráfico de personas. El citado artículo emplazaba al Consejo para que en un plazo de

---

<sup>530</sup> VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación. P. 76

<sup>531</sup> Pérez-Ugena, M. y. (2008). *Consideraciones acerca de los derechos de los extranjeros en España*. Recuperado el 01 de Febrero de 2015, de Universidad Rey Juan Carlos: [https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/curso/materiales/MA\\_Cano\\_Consideraciones\\_extranjeros\\_Espana.pdf](https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/curso/materiales/MA_Cano_Consideraciones_extranjeros_Espana.pdf).

p.1. Diputación de Barcelona. *Políticas Europeas de Inmigración en los tratados*.

1. Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957. Constitutivo de la Comunidad Europea. Versión consolidada (DOC nº 340, de 10 de noviembre de 1997)
  2. Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992. Constitutivo de la Unión Europea (BOE 13 de enero de 1994, nº 11)
  3. Acta Única Europea (D.O.C.E L nº 169, de 29 de junio de 1987)
  4. Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 (BOE, de 7 de mayo de 1999, con corrección de erratas en el BOE de 8 de mayo de 1999)
  5. Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, mediante el cual se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (BOE n.º 286, de 27 de noviembre del 2009)
- [http://www.diba.cat/c/document\\_library/get\\_file?uuid=288fff35-4d5e-4655-878c-7d8b0c3e2890&groupId=1295730](http://www.diba.cat/c/document_library/get_file?uuid=288fff35-4d5e-4655-878c-7d8b0c3e2890&groupId=1295730)

cinco años adoptase las normas mínimas a las que los estados miembros deberían ajustarse sobre asilo, refugiados, desplazados y políticas de inmigración<sup>532</sup>.

El tratado de Ámsterdam (1996) incluyó un nuevo título IV denominado Visados, asilo e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de las personas que ha sido recogido en el Tratado de Lisboa. Dedicó un capítulo a las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración (Versiones consolidadas del TUE y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, DO C115 de 09.05.2008, arts. 77-80).

La devolución o rechazo en la frontera junto con la expulsión de extranjeros se postula como la medida más firme del Estado para hacer efectivo el control de las fronteras con objeto de impedir la entrada en su territorio de los extranjeros no deseados. En el Consejo de Ministros de Tampere de 1999, los estados miembros de la Unión acuerdan la expulsión de los inmigrantes económicos provenientes del tercer mundo, principalmente de América latina y de África<sup>533</sup>.

No obstante no podrán realizarse expulsiones colectivas por motivos de interés general, ni tampoco para proteger los derechos y libertades de los demás (art.19.1 CDFUE). En ningún caso es admisible la expulsión o extraditación de un extranjero que corra en el país de destino grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, tortura o trato degradante o inhumano (art. 19.2 CDFUE)<sup>534</sup>.

La Directiva de Retorno (2008/115/CE del Parlamento y del Consejo) tiene como objetivo “fijar normas claras, transparentes y justas para establecer una política efectiva de retorno como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada” y crear un “conjunto mínimo común de garantías

---

<sup>532</sup> Ramiro Avilés, M. Á. (2010). *INFORME “El tiempo de los derechos”, núm. 32*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. P. 9.

<sup>533</sup> Batuecas, J. M. (2009). *La Expulsión del Extranjero en la Legislación Española*. San Vicente (Alicante): Editorial Club Universitario. p. 9.

<sup>534</sup> Mangas Martín, A et al. . (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Bilbao: Fundación BBVA. p.384.

jurídicas respecto a las decisiones relativas al retorno para garantizar una protección eficaz de los intereses” y derechos humanos de los inmigrantes<sup>535</sup>.

A los menores de edad no acompañados la normativa de control de los flujos migratorios les afecta de forma diversa que a los mayores de edad pues, como ya sabemos, los menores son objeto de protección antes de proceder a su repatriación o retorno a su país de origen si así se decidiese.

## **B. El derecho a entrar en España en el sistema constitucional**

La Constitución reconoce a los españoles libertad tanto para circular libremente por el territorio nacional como para fijar su lugar de residencia. También les reconoce el derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que las leyes establezcan. Esta disposición no alcanza, en principio, a los extranjeros (art. 19 CE). Esta libertad se vincula con lo establecido en el art. 139.2 CE que prohíbe a cualquier autoridad poner obstáculos a la libre circulación de las personas<sup>536</sup>.

Analizaremos las modulaciones que para los extranjeros introducen los tratados, las leyes y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para ver en qué grado los extranjeros pueden ser titulares del derecho de entrada y salida de España.

El art. 19 CE refiere exclusivamente a los españoles el derecho de entrar y salir de España, por lo que, el derecho de los extranjeros a inmigrar se ha fundamentado básicamente en la legislación de extranjería y sus reglamentos de ejecución. No obstante, los conflictos planteados en situaciones concretas han obligado a los tribunales a su resolución a partir de un marco legal, insuficiente en ocasiones<sup>537</sup>.

---

<sup>535</sup> Ramiro Avilés, M. Á. (2010). *INFORME “El tiempo de los derechos”, núm. 32*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. p. 10.

<sup>536</sup> Elvira Perales, A. y. (Enero de 2011). *Sinopsis de la Constitución*. Recuperado el 27 de Octubre de 2013, de Congreso de los Diputados: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>. p. 22.

<sup>537</sup> González Beilfuss, M. (11 de Enero de 2010). *El Papel de la Jurisprudencia Constitucional en el Desarrollo del Derecho Público de la Inmigración*. Recuperado el 25 de Febrero de 2014, de Revista catalana de dret públic. Nº 40.2010. p.2.

Conforme al concepto tradicional, según Torroba Sacristán, “la soberanía del Estado es exclusiva y absoluta dentro de su propio territorio y, cualquier limitación impuesta a su ejercicio por un poder o autoridad exterior implicaría un menoscabo de su independencia”. Es inherente a la soberanía del Estado su facultad de prohibir la entrada en su territorio a determinados extranjeros o grupos de extranjeros, por motivos justificados; el corolario de la facultad anterior es el denominado derecho de expulsión<sup>538</sup>.

La normativa española de extranjería ha tenido que adaptarse a las directrices de la Unión en materia migratoria, especialmente, en lo que se refiere a la libre circulación de las personas, el control de las fronteras exteriores y las políticas de inmigración y asilo<sup>539</sup>. Una de las razones que obligaron a la última reforma de la Ley de extranjería, mediante la LO 2/2009, fue precisamente su adaptación a las políticas comunitarias.

El origen de las competencias de la UE en el ámbito de la regulación de un régimen comunitario de extranjería nace paralelo a la progresiva percepción de la inmigración como un problema, cuya solución no pueden alcanzar los Estados miembros individualmente. A partir de los años ochenta la Comunidad empieza a asumir competencias en materia de extranjería y gestión de los flujos migratorios. Posteriormente, las instituciones comunitarias comenzaron a disponer lo conveniente para crear un estatuto jurídico de los extranjeros que regulase sus derechos y obligaciones sobre el acceso, permanencia y salida del territorio de la unión<sup>540</sup>.

El derecho de los extranjeros a entrar y salir de España lo regula la LOEX 2/2009 de 11 de diciembre y su reglamento de ejecución RD 557/2011 (RELOEX) de 20 de abril. La citada Ley asigna a los poderes públicos ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios, de manera que no se sobrepase la capacidad de acogida y se ajusten a las necesidades de mano de obra que el

---

<sup>538</sup> Ripoll Carulla, S. (s.f.). *El artículo 149.1.2 de la Constitución Española*. Recuperado el 23 de Agosto de 2014, de Itinera Universitas. p.4.

<sup>539</sup> Pérez-Ugena, M. y. (2008). *Consideraciones acerca de los derechos de los extranjeros en España*. Recuperado el 01 de Febrero de 2015, de Universidad Rey Juan Carlos: [https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/curso/materiales/MA\\_Cano\\_Consideraciones\\_extranjeros\\_Espana.pdf](https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/curso/materiales/MA_Cano_Consideraciones_extranjeros_Espana.pdf) p. 13.

<sup>540</sup> Olesti Rayo, A. (2010). *La Unión Europea y la Progresiva Creación de un Régimen Comunitario de Extranjería*. Revista Catalana de Dret Públic, núm. 40, pp. 1-19. p. 2.



país necesita. El objetivo de esta Ley es lograr la plena integración y cohesión social de los inmigrantes con la población autóctona, respetando siempre sus derechos humanos<sup>541</sup>.

El art. 4.2 RELOEX, introduce el supuesto del acceso al territorio nacional de los extranjeros cuando se les haya expedido visado para permanecer en España por más de seis meses. Parece indicar que el mero hecho de haberse autorizado la entrada no presupone la existencia de circunstancias tales como las de protección internacional o las razones humanitarias, arts. 125 y 126 RELOEX respectivamente. Es decir, que será necesario incidir en la prueba, no siendo suficiente la ya presentada en la frontera para que se le franqueara la entrada<sup>542</sup>.

Es importante para los MENAS la exención de la situación nacional de empleo, que establece el art. 40.1 de la LOEX, cuando estén tutelados por la entidad de protección de menores competente, y se haya acreditado la imposibilidad de retorno a su país de origen “para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen”, lo que les supone una gran ventaja<sup>543</sup>.

### **C. La jurisprudencia del TC sobre el derecho de entrar de los extranjeros**

Hay que destacar la labor del TC que, a partir de la brevedad del texto constitucional al tratar la materia de extranjería, ha configurado el estatuto de los extranjeros en España. Los preceptos constitucionales que se refieren a la

---

<sup>541</sup> Conforme al art. 5 de la LOEX tendrán derecho a la circular libremente en España los extranjeros que se encuentren en su territorio de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, con las limitaciones que establezcan los tratados y las leyes, las acordadas por la autoridad judicial o, como consecuencia de sentencia firme. Las condiciones exigidas a los extranjeros que se propongan entrar en territorio español se establecen en el art. 25 bis LOEX: deberán estar provistos de visado válido y en vigor, estar en posesión de la autorización de estancia y residencia (art. 29.2 LOEX) y, en su caso, de la autorización para realizar actividades lucrativas (art. 36 LOEX).

<sup>542</sup> Montilla Martos, J. A. (2011). *Las normas generales del Estado sobre inmigración en 2011*. Recuperado el 06 de Mayo de 2014, de LA HORA DE LA INTEGRACIÓN LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA: [www.cidob.org/.../Anuario+MIG+2011+Montilla-Rodríguez-Lancha.pdf](http://www.cidob.org/.../Anuario+MIG+2011+Montilla-Rodríguez-Lancha.pdf). p. 316.

<sup>543</sup> Cabedo Mallol, V. (09 de Abril de 2010). Los menores inmigrantes no acompañados y su régimen jurídico. *IV Simposio Internacional de Inmigración. Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia*. Valencia, Valencia, España: Fundación Ciudadanía y Valores. p.11.

inmigración son los arts. 13 y 149.1.2. El primero de ellos trata los derechos de los extranjeros; el segundo, atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre inmigración, derecho de asilo y extranjería<sup>544</sup>.

En un primer momento, el Tribunal interpreta el tenor literal de art. 19 CE y afirma que en ningún caso corresponde a los extranjeros los derechos reconocidos a los españoles en el precitado artículo, STC de 30 de septiembre de 1985. Conforme a esta sentencia, los extranjeros no son titulares de los derechos que la Constitución reconoce explícitamente a los españoles en los arts. 23 y 19 CE. Posteriormente, en la STC de 18 de julio de 1991, abre la posibilidad de reconocer el derecho de entrada y residencia a los extranjeros ya que “resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art.19”, y resulta lícito que las leyes y tratados modulen su ejercicio por los extranjeros<sup>545</sup>.

Sobre la libertad de circulación, art. 19 CE, el Tribunal se pronuncia principalmente en la STC 94/1993, en dos sentidos. Primero excluye, sin mucha argumentación, que el precitado artículo esté íntimamente vinculado con la dignidad humana, lo que concede amplia libertad al legislador para modular su contenido con respecto a su ejercicio por los extranjeros. Segundo prescinde totalmente del tenor literal “los españoles” del art. 19 CE y considera que también los extranjeros son titulares de los derechos en él contenidos. Lo más importante de la sentencia es que hace posible controlar la constitucionalidad de las órdenes de expulsión o retorno “desde una

---

<sup>544</sup> González Beilfuss, M. (11 de Enero de 2010). *El Papel de la Jurisprudencia Constitucional en el Desarrollo del Derecho Público de la Inmigración*. Recuperado el 25 de Febrero de 2014, de Revista catalana de dret públic. Nº 40.2010. p.3.

<sup>545</sup> García Vázquez, S. y. (Noviembre de 2007). Un análisis en clave constitucional del Régimen Jurídico de los extranjeros en España: Especial referencia al derecho a la libertad de circulación y residencia. *AFDUDC*, 11, pp. 257-277.

p. 268. En la STC 94/1993, además de mantener la posibilidad de que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de este derecho en función de la nacionalidad, estableciéndose tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que concierne a entrar y salir de España, y a residir en ella se reconoce abiertamente que la libertad consagrada en el art. 19 CE constituye, también, un derecho constitucional de los extranjeros. Con ello el Tribunal se aparta de la interpretación puramente literal que había defendido en la sentencia 99/1985.

perspectiva material y no únicamente desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva”<sup>546</sup>.

En la STC 72/2005, el Tribunal precisa la diferencia entre la libertad de residencia y el derecho a entrar en España, y que la libertad de elegir el lugar de residencia no presupone el derecho a entrar en territorio nacional. Señala que “El extranjero que [...] no ha estado nunca en España, no puede invocar la libertad de residencia [...] para amparar una conducta que se sitúa en el ámbito definido por el tipo de un derecho distinto: el de entrar en el territorio nacional”. Es obvio que para ejercer el derecho de elegir el lugar de residencia en territorio nacional, previamente tiene que haber entrado en España, no siendo aceptable que los alegados impedimentos del poder público a las intenciones del extranjero vulneren lo dispuesto en el art. 19 CE<sup>547</sup>.

Cuestión diversa y tema recurrente, es el ámbito territorial en el que están vigentes los derechos constitucionales de los extranjeros pues se pone en duda si determinadas zonas, como las de tráfico de los aeropuertos, las vallas fronterizas o la línea de la costa, forman parte del territorio nacional o si le son aplicables a los extranjeros sus derechos constitucionales antes de cruzar la frontera<sup>548</sup>.

Con independencia de la reforma legislativa adecuada, se firmó con Marruecos un acuerdo de readmisión en 1992, en vigor desde el año 2012, que permite la entrega inmediata a las fuerzas marroquíes de las que se zafaron, los inmigrantes recién llegados procedentes de su territorio, previo paso por dependencias policiales españolas donde se les tratará de identificar antes de su devolución. Marruecos debe certificar la recepción de cada una de las personas y se responsabiliza de su deportación, asegurándose de que “son

---

<sup>546</sup> González Beilfuss, M. (11 de Enero de 2010). *El Papel de la Jurisprudencia Constitucional en el Desarrollo del Derecho Público de la Inmigración*. Recuperado el 25 de Febrero de 2014, de Revista catalana de dret públic. Nº 40.2010. p. 10.

<sup>547</sup> Vidal Fueyo, M. d. (2006). La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, pp. 429-441. p. 432.

<sup>548</sup> VV.AA. (18 de Febrero de 2014). *Inmigrantes Llegados de Marruecos*. Recuperado el 05 de Mayo de 2014, de Europa Press España: <http://www.europapress.es/epsocial/politica-social/noticia-gobierno-busca-marco-legal-ampare-devoluciones-marcha-inmigrantes-llegados-marruecos-20140218145009.html> p. 1.

enviados lo antes posible a su Estado de origen o al Estado donde comenzaran su viaje, en la medida en que no tengan derecho a permanecer” en su territorio<sup>549</sup>.

Para el Tribunal, el problema estriba en determinar si la Constitución es aplicable en los espacios que no siempre forman parte del territorio nacional. El criterio que utiliza no es el territorio sino que el factor a tener en cuenta es el sometimiento efectivo a un poder público español. El Tribunal resuelve esta cuestión en la STC 21/1997 al señalar que, a pesar de estar el barco fuera de los límites del territorio español, los poderes públicos está sujetos a la observancia de la Constitución del mismo modo que cuando ejercen sus atribuciones *ad intra*. En base a la jurisprudencia del TEDH y a su propia jurisprudencia, el Tribunal analizó si los hechos impugnados habían vulnerado las garantías de libertad personal derivadas del art. 17 CE<sup>550</sup>.

El Tribunal declara sobre el derecho de entrada que son constitucionales los derechos de los extranjeros del art. 19 CE: “[...] resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19” (STC 160/1991, 18 de julio), pero el ejercicio del derecho de entrada y salida no es el mismo que el de los españoles: “[...] las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella” (STC 94/1993, 22 de marzo).

### **3. Distribución de competencias sobre extranjería**

La organización territorial del Estado español en municipios, provincias y comunidades autónomas, gozando todas ellas de autonomía para la gestión de

---

<sup>549</sup> Ibídem. p. 3.

<sup>550</sup> González Beilfuss, M. (11 de Enero de 2010). *El Papel de la Jurisprudencia Constitucional en el Desarrollo del Derecho Público de la Inmigración*. Recuperado el 25 de Febrero de 2014, de Revista catalana de dret públic. Nº 40.2010. pp. 8- 9.

sus intereses (art. 137 CE), plantea la cuestión de la distribución territorial del poder, preservando los principios constitucionales de unidad y autonomía<sup>551</sup>.

La Constitución española es la que “preside todo el entramado de relaciones entre ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema constitucional español”. Los instrumentos que la CE contiene permiten conformar el pluralismo jurídico dotándole de las características de unidad y coherencia. Los principios básicos con los que se articula el sistema son los de unidad y de constitucionalidad. El entendimiento entre los ordenamientos estatal y autonómico debe estar fundamentado en el principio de subordinación de ambos a la Constitución, que es la que habilita las competencias de los órganos del Estado, comunidades y entes locales<sup>552</sup>.

*Prima facie*, el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, se podría incluir dentro del conocido como sistema germánico o de doble lista que coloca en una de ellas (art. 149 CE) las competencias exclusivas del Estado y en la otra (art.148 CE) las que pueden asumir las comunidades autónomas. Pero examinando en profundidad los citados preceptos en conjunción con otros, como el art. 150 CE, podemos observar que realmente es un sistema de triple lista con peculiaridades, pues, el art. 149.3 CE establece que las materias no atribuidas expresamente al Estado podrán corresponder a las comunidades autónomas en virtud de sus respectivos estatutos. Un ejemplo de la tercera lista puede ser la ejecución de la legislación sobre la propiedad intelectual o industrial, ya que, el art. 149.1.9ª CE reserva solamente al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación de esta materia. También una materia omitida en los arts. 148 y 149 CE podría ser de competencia autonómica<sup>553</sup>.

El tema de la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de extranjería es complejo pues aunque la

---

<sup>551</sup> Álvarez Conde, E. (1980). *Las Comunidades Autónomas*. Madrid: Editora Nacional. p.21.

<sup>552</sup> Aguilar Calahorra, A. (s.f.). *Universidad de Granada*. Recuperado el 11 de Noviembre de 2013, de El Sistema Constitucional de España: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/01AAguilar.htm>. p. 20.

<sup>553</sup> Garrido Mayol, V. (Diciembre de 2003). *Sinopsis artículo 149 CE*. Recuperado el 21 de Septiembre de 2014, de Portal de la Constitución.: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo=2>

Constitución delimite, en principio, cuáles son las que corresponden al Estado y a las comunidades autónomas, en la situación actual, debido a la asunción progresiva de competencias por las autonomías en las sucesivas reforma estatutarias, y a la delegación de competencias realizadas por el Estado, han aconsejado al ejecutivo nacional fijar unos criterios comunes en toda España en relación con la integración de los inmigrantes, con objeto de corregir la “divergencia de las condiciones de acceso de los extranjeros no comunitarios a los distintos servicios”, así como “en los requisitos cuyo cumplimiento permite la permanencia en territorio nacional”<sup>554</sup>,

En síntesis, las políticas que afectan, directa o indirectamente, a la materia de extranjería son el control de los flujos migratorios y la asistencia social e integración de los inmigrantes. Hay que tener en cuenta dos ámbitos diferenciados. Uno, la situación jurídico-administrativa del inmigrante que es de competencia estatal, exceptuando la ejecución laboral, y el otro su integración social, de competencia autonómica, aspecto no finalizado por las autonomías<sup>555</sup>.

Para contextualizar el análisis de la legislación nacional sobre inmigración y extranjería y las políticas subsiguientes, así como para tratar de delimitar la atribución de las competencias sobre estas materias y las funciones que debería desempeñar cada nivel de la administración, habría que tener en cuenta el proceso de comunitarización de las mismas y las etapas, prioridades y tendencias que ha establecido la Unión Europea en el ámbito de la inmigración<sup>556</sup>.

---

<sup>554</sup> VV.AA. (21 de Agosto de 2013). *Informe de la comisión para la reforma de las administraciones públicas*. Recuperado el 12 de Octubre de 2014, de Presidencia del Gobierno. CORA: [www.lamoncloa.gob.es](http://www.lamoncloa.gob.es)

<sup>555</sup> Andreo Tudela, J. C. (31 de Octubre de 2012). *Hacia la gestión integrada de la inmigración y la extranjería desde una perspectiva multinivel. Una aproximación al caso de Andalucía*. Recuperado el 10 de Octubre de 2014, de Servicio Andaluz de Empleo. Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo: [http://www.redesinterculturales.org/system/files/02\\_libro\\_interior\\_ok\\_31\\_oct\\_20121.pdf](http://www.redesinterculturales.org/system/files/02_libro_interior_ok_31_oct_20121.pdf). p. 7.

<sup>556</sup> García Juan, L. (s.f.). *Las Comunidades Autónomas Como Gestoras de la Inmigración. Especial Referencia al Caso de Cataluña*. Recuperado el 08 de Octubre de 2014, de Generalitat de Cataluña: <http://www.gencat.cat/bsf/publica/butlletiIMMI/num69/LesCCAAcomaGestoresdeImmigracio.pdf>. p.49.



Aunque la política migratoria de la Unión se tratará más adelante, baste decir aquí que la inmigración empieza a formar parte de las políticas comunitarias a partir de los años setenta, motivada por la presencia del hecho migratorio en los estados de la Unión. El escaso desarrollo comunitario de las políticas migratorias se debe a la limitada base jurídica de que se parte, a la naturaleza de las políticas de integración que se llevan a cabo en los niveles europeo, estatal, regional y local, y a la situación migratoria en cada uno de los estados miembros<sup>557</sup>.

Tras analizar las competencias atribuidas al Estado y a las comunidades autónomas, constataremos las disfunciones que se producen en la actuación de las administraciones y que afectan a la igualdad de trato de los inmigrantes.

#### **A. Competencias atribuidas al Estado en materia de extranjería**

Conforme a la distribución que establece la Constitución, el Estado tiene la competencia exclusiva sobre nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, art. 149.1.2ª CE. Por otra parte, de acuerdo con el art. 149.1.8ª CE, el Estado ostenta la competencia exclusiva en la Legislación civil. No obstante, las comunidades autónomas pueden conservar, modificar y desarrollar los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En consecuencia, solamente las comunidades de Aragón, Navarra y Cataluña podrían legislar en materia de protección de menores. Pero, al amparo del art. 148.1.20ª, todas las comunidades han legislado sobre extranjería por la habilitación que les otorga el mencionado artículo para asumir competencias en materia de asistencia social, por lo que les es de aplicación el art. 172 del CC sobre la protección de menores<sup>558</sup>.

---

<sup>557</sup> Andreu Tudela, J. C. (31 de Octubre de 2012). *Hacia la gestión integrada de la inmigración y la extranjería desde una perspectiva multinivel. Una aproximación al caso de Andalucía*. Recuperado el 10 de Octubre de 2014, de Servicio Andaluz de Empleo. Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo: [http://www.redesinterculturales.org/system/files/02\\_libro\\_interior\\_ok\\_31\\_oct\\_20121.pdf](http://www.redesinterculturales.org/system/files/02_libro_interior_ok_31_oct_20121.pdf) p. 8.

<sup>558</sup> VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación.

p. 83. Art.172 CC "la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniendo el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal.

La normativa infraconstitucional que regula en España los derechos y libertades de los extranjeros está conformada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOEX)<sup>559</sup> y su reglamento de ejecución el RD 557/2011 de 20 de abril (RELOEX).

Según Moya, los arts. 2 bis y 2 ter, situados en el encabezamiento de la Ley, constituyen las grandes novedades de la misma. El primero asigna al Gobierno los ejes fundamentales de la política migratoria, dando cabida a las comunidades autónomas y entes locales en las competencias que asuman. Las competencias y facultades de las diversas administraciones están tan interrelacionadas que resulta difícil concretar, en un solo precepto, las que corresponden al Gobierno en materia migratoria, por lo que, puede ser discutible “que el actor principal de la política migratoria sea el Gobierno y el fundamento de tal atribución, el art. 149.1.2 CE, tal y como establece el art. 2 bis.1º”, ya que comparte protagonismo con el poder legislativo, en especial en la regulación de la política de inmigración<sup>560</sup>.

El Tribunal disiente de la anterior opinión en la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), en la que precisa que es el Estado el actor principal, pero no el único, pues refleja una concepción del título competencial inmigración como exclusivo del Estado en toda su extensión, aunque permita la intervención autonómica en políticas de atención social, trabajo e integración de los inmigrantes. Esta posición mayoritaria del Tribunal no es compartida por los votos particulares de los magistrados Vicente Conde, Javier Delgado y Ramón Rodríguez que no admiten la intervención autonómica ni siquiera por esta vía que amparaba el art. 138 del EAC<sup>561</sup>.

---

El art. 149.1.18ª CE atribuye al Estado las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. El derecho estatal será supletorio de derecho de las CCAA, art. 149.3 CE.

<sup>559</sup> Moya, David y Aguelo Navarro, Pascual. (2011). *La Reforma de la Ley Orgánica de Extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 16.

<sup>560</sup> Moya, D. (2011). *La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009 en La Reforma de la Ley Orgánica de Extranjería de Moya, David y Aguelo Navarro, Pascual*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pp. 19-20.

<sup>561</sup> *Ibíd*em p. 22.

No obstante, una parte de la doctrina cuestiona “si están siendo las políticas reguladoras de los flujos migratorios [...] realmente eficaces o si, por el contrario, es la coyuntura económica actual de crisis el factor principal que regula, de forma natural, la afluencia de inmigrantes hacia España”. Bajo esta hipótesis, plantea “si deben ser ahora más que nunca las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) las que cobren todo el protagonismo en la gestión de la inmigración”, pues siendo el mercado laboral en factor decisivo en la inmigración, deberían ser ellas “con su competencia sobre ejecución de la legislación laboral constitucionalmente reconocida, las que decidan sobre la flexibilidad o endurecimiento de los requisitos de acceso al mismo por parte de los extranjeros no residentes”<sup>562</sup>.

Frente a la postura de García Juan, para Moya el art. 2 bis LOEX 2/2009, conforme con lo previsto en el art. 149.1.2ª CE, establece que corresponde al Gobierno la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, y los principios de actuación de todas las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias en esta materia, destacando la coordinación con las políticas definidas por la UE y la ordenación de los flujos migratorios laborales según las necesidades de la situación nacional de empleo. Es importante que tales principios estén incluidos en el texto de la LOEX, pues hasta ahora sólo figuraban en los planes plurianuales de inmigración y ciudadanía<sup>563</sup>.

En opinión de Moya, el sistema de gestión migratoria para hacer frente al aluvión de inmigrantes “ha sido relativamente flexible y tolerante, muy ligado a la idea de laboralización”, modelo “que favorece la regularidad y estabilidad de los extranjeros a condición de que dispongan de una oferta de empleo real”. Según Moya, el modelo anterior ha permitido que los inmigrantes, algunos de

---

<sup>562</sup> García Juan, L. (s.f.). *Las Comunidades Autónomas Como Gestoras de la Inmigración. Especial Referencia al Caso de Cataluña*. Recuperado el 08 de Octubre de 2014, de Generalitat de Cataluña: <http://www.gencat.cat/bsf/publica/butlletiIMMI/num69/LesCCAAcomaGestoresdelImmigracio.pdf>. pp. 8-9.

<sup>563</sup> Moya, D. (2011). *La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009 en La Reforma de la Ley Orgánica de Extranjería de Moya, David y Aguelo Navarro, Pascual*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 24.

ellos irregulares, se convirtieran en residentes de larga duración o incluso accedieran a la nacionalidad en un plazo de cinco a diez años<sup>564</sup>.

Analizaremos en el epígrafe siguiente las competencias de las autonomías en materia de inmigración.

## **B. Desarrollo competencial autonómico en materia de extranjería**

Las competencias de las comunidades autónomas se fundan en la Constitución y se definen por sus estatutos. Las CCAA tienen facultades legislativas o normativas en todas aquellas materias que sean incorporadas por sus estatutos como posible competencia: “podrán”. No obstante, el Estado puede dictar leyes que establezcan los principios precisos para armonizar las disposiciones normativas de las comunidades autónomas, incluso en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Será necesaria que la apreciación de esta necesidad sea aprobada por mayoría absoluta de cada Cámara<sup>565</sup>.

Sobre la base del art.148.1.20ª CE, las CCAA podrán asumir competencias en materia de asistencia social y, sobre la del art. 148.2 CE, transcurridos cinco años, mediante reforma de sus estatutos, podrán ampliar sucesivamente sus competencias en el marco del art. 149 CE. Con este fundamento jurídico las comunidades autónomas han legislado en materia de asistencia social de los extranjeros y de los MENAS siendo las normas coincidentes en los aspectos generales declaratorios, pero no así en el desarrollo de las políticas concretas.

Las legislaciones autonómicas sobre protección del menor son unánimes al afirmar que el niño y la niña son personas y como tales deben ser tratados

---

<sup>564</sup> Moya Malapeira, D. (17 de Enero de 2012). *La gestión de la inmigración ante la crisis. ¿Introducir reajustes al modelo actual o pensar en un cambio de modelo migratorio?* Recuperado el 28 de Octubre de 2014, de Diputación de Barcelona: <http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2012/01/david-moya-malapeira-la-gestion-de-la.htm>. p.1.

<sup>565</sup> Sánchez Agesta, L. (1994). *Sistema Político de la Constitución Española. Séptima Edición*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. pp. 243 y 431.

“como una persona singular, única, libre, sujeta a derechos propios de su condición humana, con la particularidad de su condición infantil”<sup>566</sup>.

Vidal Fueyo, es partidaria de que las autonomías asuman más competencias en materia de inmigración y a la vez, de establecer mayor coordinación entre las CCAA para evitar disfunciones en el trato a los inmigrantes<sup>567</sup>.

Para Álvarez Conde la reforma de los estatutos autonómicos debería constituir un primer mecanismo de coordinación pues, en primer lugar debe atenderse al procedimiento que los mismos estatutos establecen, y en segundo lugar deben ser aprobados mediante Ley orgánica por las Cortes Generales. No obstante no son las Cortes Generales las que tienen la última palabra en la aprobación de los estatutos, ya que en su texto se puede exigir que sean sometidos a referéndum por los electores afectados. En todo caso, la intervención de las Cortes, aprobando la proyectada reforma, es necesaria<sup>568</sup>.

Sin embargo, señala Vidal Fueyo, que el control del legislador sobre el traspaso de competencias se desvirtúa en parte, por el papel que han jugado determinados partidos políticos nacionalistas o independentistas en la carrera por asumir competencias, debido a las concesiones otorgadas por el gobierno de turno a cambio del apoyo prestado para sacar adelante proyectos de Ley, en especial, el de los Presupuestos Generales del Estado<sup>569</sup>.

---

<sup>566</sup> Vidal Casado, M. d. (2002). La evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud. *DS Vol. 11, Núm. 1*, pp. 219-230. p. 224.

<sup>567</sup> Vidal Fueyo, M. d. (s.f.). *Reforma Estatutaria y Desarrollo Autonómico de la Política de Inmigración*. Recuperado el 31 de Enero de 2014, de Revista Jurídica de Castilla y León: <http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/camino.pdf>.

p. 1. Sostiene que, tras más de veinticinco años de la aprobación de los primeros estatutos de autonomía, convendría que el desarrollo autonómico en materia de inmigración, “gozase de un techo competencial más elevado”, ya que su “carácter transversal supera la competencia estatal de control de los flujos de entrada, trabajo y establecimiento en nuestro país”. No obstante, señalan que existe un “déficit de mecanismos jurídicos que aseguren la participación de las CCAA en las políticas estatales de inmigración”, especialmente en la determinación del contingente anual de trabajadores, todo ello, “sin perjuicio de la cooperación horizontal entre las diversas Comunidades Autónomas, con el fin de evitar disfunciones en el tratamiento de los problemas relacionados con la inmigración.

<sup>568</sup> Álvarez Conde, E. (1980). *Las Comunidades Autónomas*. Madrid: Editora Nacional. P. 137.

<sup>569</sup> Vidal Fueyo, M. d. (s.f.). *Reforma Estatutaria y Desarrollo Autonómico de la Política de Inmigración*. Recuperado el 31 de Enero de 2014, de Revista Jurídica de Castilla y León: <http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/camino.pdf> p. 3.



Por otra parte, además de la presunta invasión de competencias estatales por las autonomías, no todas alcanzan el mismo nivel competencial, pues, a diferencia de los Estados federales consolidados que se basan en la plena igualdad constitucional entre sus estados miembros como es el caso de los *Länder* alemanes, en nuestro Estado autonómico se dan diferencias estructurales entre autonomías y hechos diferenciales que divergen del modelo federal. Cuando estas diferencias en lenguas cooficiales, derecho civil especial, y otras, cuentan con el reconocimiento constitucional y estatutario, “proporcionan un fundamento objetivo para que las instituciones de las respectivas CCAA mantengan y desarrollen su propia personalidad más allá de la genérica potestad de autogobierno que comparten con las demás”<sup>570</sup>.

La solución jurídica deseable para la opinión generalizada de la doctrina, hubiera sido comenzar por una reforma constitucional que delimitara con precisión los techos competenciales que pudieran alcanzar las autonomías en las posteriores reformas estatutarias. No haber actuado con este criterio ha conducido a “la aparición de un muestrario muy heterogéneo de las posiciones jurídicas de las diecisiete Comunidades Autónomas, muy difícil de gestionar en toda su complejidad”<sup>571</sup>.

En la materia que nos ocupa, nacionalidad, extranjería y derecho de asilo, es el Estado el que tiene la competencia exclusiva sobre legislación y ejecución, sobre las cuales las comunidades autónomas no tienen ningún tipo de competencia<sup>572</sup>.

Concluimos por nuestra parte que la Constitución, art. 149.1.2ª, y la LOEX 2/2009, art. 2 bis, atribuyen en exclusiva el Estado la competencia legislativa, definición, planificación y desarrollo de la política de inmigración. La asunción por determinadas CCAA de competencias, por vía estatutaria, en materia de asistencia social e integración de inmigrantes no menoscaban el título competencial inmigración como exclusivo del Estado en toda su

---

<sup>570</sup> Aja, Eliseo *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. Alianza Editorial. Madrid, 2006, pp. 176. Citado en Vidal Fueyo, M. d. (2004). Reforma Estatutaria y Desarrollo Autonómico de la Política de Inmigración. *Revista Jurídica de Castilla y León*, pp. 1-21. p. 3

<sup>571</sup> Portero Molina, J. A. (2006). *Reflexiones sobre un tiempo de reformas estatutarias*. Revista de Pensamiento Político y Social, Nº. 7, pp. 117-137. p. 124.

<sup>572</sup> Álvarez Conde, E. (1980). *Las Comunidades Autónomas*. Madrid: Editora Nacional. P.172.



extensión, aunque permita la intervención autonómica en políticas de atención social, trabajo e integración, como declara el intérprete máximo de la Constitución en la STC 31/2010 sobre el EAC.

#### **4. Opciones jurídicas de coordinación en materia de extranjería**

Una preocupación constante del constitucional fue la coordinación entre el Estado y los entes autonómicos. Sin embargo, no dispuso los instrumentos adecuados para llevarla a efecto. El Senado, por su naturaleza de cámara de representación territorial, pudo ser el órgano idóneo, no obstante su posible función coordinadora queda desvirtuada por la sobrerrepresentación de senadores provinciales sobre los autonómicos. Entre los mecanismos disponibles para la coordinación del Estado y las autonomías se encuentran las conferencias sectoriales<sup>573</sup>, las multilaterales, las bilaterales y las conferencias de presidentes. El objeto de todas ellas es lograr la firma de acuerdos de carácter vinculante con finalidad de coordinar las políticas del Estado y de las CCAA. Otra figura de coordinación es la del Delegado del Gobierno que dirige la Administración del Estado en el territorio de la CA y coordina sus políticas con la administración autonómica<sup>574</sup>.

En el ámbito de la inmigración, la coordinación es sentida por la mayoría de la doctrina como “necesidad imperiosa de hallar, de una vez por todas, una solución eficaz que permita la cooperación y coordinación de las actuaciones que desarrollan las Administraciones Públicas en materia de inmigración”. En la Ley actual de extranjería, 2/2009, de 12 de diciembre, esta responsabilidad política ha sido asignada a la Conferencia Sectorial de Inmigración, que sustituye al Consejo Superior de Política de Inmigración, muy criticado por estimar que su “significancia y buen hacer brilló por su ausencia desde el

---

<sup>573</sup> Art. 3 de la LO Funcionamiento de las Comunidades Autónomas y art. 3 de la Ley del Proceso Autonómico 12/1983:

El Gobierno velará por la observancia por las Comunidades Autónomas de la normativa estatal aplicable y podrá formular los requerimientos procedentes, a fin de subsanar las deficiencias en su caso advertidas.

<sup>574</sup> Aguilar Calahorra, A. (s.f.). *Universidad de Granada*. Recuperado el 11 de Noviembre de 2013, de El Sistema Constitucional de España: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/01AAguilar.htm>.

pp. 21-22. La coordinación de la Administración del Estado con la de cada comunidad autónoma es responsabilidad del Delegado del Gobierno en esa comunidad, art. 154 CE.

mismo momento de su creación por el art. 61 de la LO 4/2000, antes de ser reformado por la LO 8/2000”<sup>575</sup>.

La Constitución pretende dar solución al complejo problema de la coordinación administrativa mediante sus disposiciones y el espíritu y principios que inspiran las relaciones entre el Estado y los entes territoriales.

No obstante, la complejidad del sistema constitucional de distribución de competencias no tiene que suponer, necesariamente, un factor negativo siempre y cuando, constitucional y normativamente, se dé adecuada respuesta a los intereses de los diversos entes territoriales que conforman el Estado, para que exista el debido equilibrio y entendimiento político<sup>576</sup>.

La Constitución, basándose en los dos principios en que se fundamenta, el de la unidad indisoluble de la nación española y el reconocimiento del derecho al autogobierno de sus nacionalidades y regiones (art. 2 CE), posibilita la organización territorial del poder en dos ejes: uno el poder central del Estado y otro el de las autonomías que se constituyan (arts. 143-146 y 151 CE). Como consecuencia, las comunidades autónomas han establecido una pluralidad de ordenamientos jurídicos propios comenzando por su estatuto de autonomía, norma institucional básica que recoge las competencias asumidas, una de las cuales es la legislativa<sup>577</sup>.

---

<sup>575</sup> García Juan, L. (s.f.). *Las Comunidades Autónomas Como Gestoras de la Inmigración. Especial Referencia al Caso de Cataluña*. Recuperado el 08 de Octubre de 2014, de Generalitat de Cataluña: <http://www.gencat.cat/bsf/publica/butlletiIMMI/num69/LesCCAAcomaGestoresdelImmigracio.pdf> p.9.

<sup>576</sup> Arroyo Gil, A. e. (2013). *Cooperación y Reparto Competencial en los Estados Descentralizados*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms.

pp. 6-10. Principio que se deberían respetar para el buen funcionamiento del sistema establecido. El primero, el principio democrático o respeto de las mayorías- sin oprimir a las minorías- en el ámbito parlamentario y en el resto de relaciones políticas e institucionales. En segundo lugar, desempeño de la función política y administrativa de acuerdo con el principio de la eficiencia que redunde en beneficio del ciudadano. Tercero, el principio de la subsidiariedad, que consiste en el ejercicio de las competencias por el nivel de gobierno más eficaz y próximo al ciudadano. Sobre todos ellos, el principio de la lealtad, que promueve una eficaz cooperación y colaboración entre las instituciones y órganos de los diversos niveles organizativos.

<sup>577</sup> Aguilar Calahorra, A. (s.f.). *Universidad de Granada*. Recuperado el 11 de Noviembre de 2013, de El Sistema Constitucional de España: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/01AAguilar.htm> pp. 32-33.

En este contexto, la LOEX 2/2009 introduce instrumentos y mecanismos eficaces de coordinación y colaboración entre las Administraciones públicas con el objetivo de corregir las disfunciones que se venían produciendo con motivo de la puesta en práctica de las competencias asumidas por las autonomías. Estas facultades se venían ejerciendo ya de hecho, en función de las competencias, exclusivas o compartidas, dirigidas a proteger los derechos de los inmigrantes. No obstante, la realidad muestra que las medidas adoptadas por la Ley resultan todavía insuficientes para que la coordinación prime sobre la competición para adquirir mayores cotas competenciales<sup>578</sup>.

La vinculación existente entre la autorización de trabajo que se concede al inmigrante y el control de la inmigración requiere que las comunidades autónomas que asuman competencias ejecutivas en la concesión de autorizaciones de trabajo, las desarrollen en necesaria coordinación con las competencias estatales en materia de extranjería, para garantizar el principio de igualdad en la aplicación de la normativa de extranjería e inmigración en todo el territorio nacional (art. 68.2 LOEX). Además, las comunidades o los ayuntamientos en su caso, emitirán informe sobre la integración social del extranjero en cuestión (art. 68.3 LOEX), previo a la concesión de la autorización inicial de trabajo.

Esta autorización inicial de trabajo debe coordinarse en especial con la autorización de entrada y residencia, ya que corresponde al “Estado fijar las bases y condiciones para la concesión inicial del permiso de trabajo, dada su estrecha vinculación con el control del flujo migratorio, y a la Comunidad Autónoma la gestión administrativa de tales actuaciones”<sup>579</sup>.

En síntesis, correspondería al Estado fijar las bases y condiciones para la concesión inicial del permiso de trabajo dada su estrecha vinculación con el

---

<sup>578</sup> Vidal Fueyo, M<sup>a</sup> C. en la Presentación de la obra de Moya, D. (2011). *La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009 en La Reforma de la Ley Orgánica de Extranjería de Moya, David y Aguelo Navarro, Pascual*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p.12.

<sup>579</sup> Blázquez Rodríguez, I. (2008). Facultades competenciales y funciones de las Comunidades Autónomas en inmigración: un análisis desde las estrategias fijadas por la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm 10, julio-diciembre de 2008. , pp. 275-310, pp. 284-285. Citado por Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2013). Inmigración, integración y competencias en materia de empleo: el papel, y el reto, de las Comunidades Autónomas. *Revista jurídica de los Derechos Sociales*. Enero-junio 2013. p. 37.

control de los flujos migratorios, y a la Comunidad Autónoma la gestión administrativa de tales actuaciones<sup>580</sup>.

Analizamos en el epígrafe siguiente las posturas que no comparten que la citada competencia sea exclusiva del Estado.

## **5. El Tribunal Constitucional sobre la materia de inmigración**

Con el desarrollo del fenómeno de la inmigración en España y la asunción de competencias por las comunidades autónomas sobre asistencia social e integración de inmigrantes, se cuestiona la actualidad del art. 194.1.2ª CE para atribuir en exclusiva del Estado la materia de extranjería, y la capacidad de la LOEX 2/2009 para imponer medidas administrativas de coordinación obligatorias a las autonomías.

En cuanto a la facultad del Estado para establecer medidas de coordinación hemos señalado *ut supra* que puede legislar para armonizar las disposiciones normativas de las comunidades autónomas, incluso, cuando sean materias atribuidas a las autonomías, siempre que lo exija el interés general y la mayoría absoluta de la Cámara aprecie previamente esta necesidad, art. 150.3 CE<sup>581</sup>.

Sobre la interpretación predominante de la competencia que le atribuye al Estado el art. 194.1.2ª CE fue de tendencia extensiva hasta mediados de los años noventa, en el sentido de considerarle el actor único y excluyente para actuar en cualquier ámbito relacionado con la extranjería y la inmigración. Esta interpretación va a ir cediendo paso a una lectura de este título competencial más acotada y sensible con respecto a las atribuciones autonómicas sectoriales sobre muchos ámbitos relacionados con la inmigración, como son la enseñanza, la sanidad y los servicios sociales<sup>582</sup>.

---

<sup>580</sup> Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2013). Inmigración, integración y competencias en materia de empleo: el papel, y el reto, de las Comunidades Autónomas. *Revista jurídica de los Derechos Sociales*. Enero-junio 2013, pp. 34-40

<sup>581</sup> Sánchez Agesta, L. (1994). *Sistema Político de la Constitución Española. Séptima Edición*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. p. 431.

<sup>582</sup> David Moya, "Competència en matèria d'immigració", *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, 2010, p. 355 (p. 355-361). Citado por Wilhelmi, A, en ). *Immigració I Repartiment Competencial En Estats Descentralitzats. Una Comparació Entre Els Casos Espanyol I Italià*. *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, p. 280.

Para García Juan, las autonomías que reclaman mayor protagonismo en la gestión migratoria plantean “la obsolescencia sobrevenida del apartado segundo del artículo 149.1 de la Constitución Española” que establece “la competencia exclusiva del Estado en las materias de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”. Tras el análisis de algunos de los nuevos estatutos y de la actual LOEX 2/2009, concluye que algunos de los cambios introducidos “han supuesto un punto y aparte en el estado de la cuestión”, y confían que “el punto y final lo ponga el fundamento jurídico número 83 de la Sentencia del Tribunal Constitucional al respecto del artículo 138 del Estatuto de Cataluña”<sup>583</sup>.

No obstante, no parece que el FJ 83 de la STC 31/2010 haya establecido el esperado punto y final. En efecto, para Díaz Revorío, el Tribunal utiliza la técnica interpretativa con la que salva la inconstitucionalidad de muchos preceptos del Estatuto catalán, atribuyéndoles un sentido contrario o diferente a su tenor literal. Montilla Martos, y una parte de la doctrina, señalan claramente que la sentencia ha sido decepcionante y ha supuesto un retroceso. Para la tercera posición, Galera Victoria y otros, el Tribunal salva la inconstitucionalidad del art. 138 de EAC mediante la técnica de interpretación conforme, en un sentido coincidente con el del legislador estatuyente.

En opinión de Díaz Revorio, la utilización por el Tribunal de la técnica “ultrainterpretativa” no es insólita en la sentencia en examen, el FJ 83, entre otros ejemplos que cabría mencionar, interpreta que el término “inmigración” del artículo 138 EAC no se corresponde con la materia constitucional homónima, competencia exclusiva del Estado, sino con “otras materias sobre las que puede asumir competencias la Comunidad Autónoma”, si bien en este caso, sin justificar el motivo, el Tribunal decide que “así se dispondrá en el fallo”. Las críticas de los votos particulares de esta sentencia, atípica o singular según Díaz Revorío, se centran, entre otras cosas, en la poca idoneidad de la técnica interpretativa del Tribunal para enjuiciar el Estatuto Catalán, en la

---

<sup>583</sup> García Juan, L. (s.f.). *Las Comunidades Autónomas Como Gestoras de la Inmigración. Especial Referencia al Caso de Cataluña*. Recuperado el 08 de Octubre de 2014, de Generalitat de Catalunya: <http://www.gencat.cat/bsf/publica/butlletiIMMI/num69/LesCCAAcomaGestoresdeImmigracio.pdf> p.11.



invasión del ámbito del legislador, y en salvar la declaración de inconstitucionalidad de muchos preceptos atribuyéndoles un sentido diferente o contrario a su tenor literal<sup>584</sup>.

Para Montilla Martos y una parte de la doctrina, la STC 31/2010 ha sido decepcionante o ha supuesto un retroceso, y no ha satisfecho las aspiraciones autonómicas de incidir en materia de inmigración a través de sus competencias. Para Montilla, las facultades que se derivan del art. 149.1.2º CE no permiten al Estado ejercer cualquier tipo de actuación pública que repercuta sobre la inmigración sin tener en cuenta las competencias de las CCAA. Concluye Montilla que la interpretación literal del art. 149.1.2º CE no resuelve la complejidad de la distribución de competencias en inmigración que “Es lo que se esperaba de la STC 31/2010, y finalmente no lo ha hecho al considerar ajenos a la materia competencial inmigración las facultades competenciales autonómicas con incidencia en el fenómeno migratorio”<sup>585</sup>.

En cambio, para Galera Victoria, “mediante el empleo de la técnica de la interpretación conforme, el Tribunal Constitucional salva la constitucionalidad

---

<sup>584</sup> Díaz Revorío, F. J. (2011). La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010 sus efectos sobre el Estatuto Catalán y otras normas del ordenamiento vigente. *Revista catalana de dret públic*, núm. 43, 2011, pp. 53-86.

p. 64. Voto particular de Vicente Conde Martín de Hijas afirma: «Salvar la constitucionalidad de una Ley recurrida, negando lo que la misma dice, sobre la base de hacerla (*sic*) decir lo que no dice, más que un error, supone, a mi juicio, simultáneamente un modo de abdicación de la estricta función jurisdiccional y de ejercicio de una potestad constitucional que al Tribunal no le corresponde» [...]

p. 64. Voto particular de Javier Delgado Barrio afirma: “esta Sentencia, en una buena medida, se aparta de la función estrictamente jurisdiccional que le es propia para, en lo que denomina interpretaciones, crear unas normas nuevas invadiendo el campo funcional del legislador: salva así de la declaración de inconstitucionalidad muchos preceptos, pero esto se logra atribuyéndoles un sentido diferente, a veces contrario, al que su texto expresa e incluso en ocasiones se les despoja de toda virtualidad jurídica, reduciéndolos a meros propósitos o a simples pretensiones o sugerencias y, en algunos casos, a descripciones de la doctrina del Tribunal Constitucional, con todo lo cual viene a dar una redacción nueva a no pocos aspectos del Estatuto” [...]

p.71. Díaz Revorío. La utilización de esta técnica “ultrainterpretativa” no es insólita en la sentencia en examen [...] a veces se acompaña de un fallo de desestimación simple [...] el FJ 83, entre otros ejemplos que cabría mencionar, interpreta que el término “inmigración” del artículo 138 EAC no se corresponde con la materia constitucional homónima, competencia exclusiva del Estado, sino con “otras materias sobre las que puede asumir competencias la Comunidad Autónoma”, si bien en este caso, sin justificar el motivo, el Tribunal decide que “así se dispondrá en el fallo”.

<sup>585</sup> Montilla Martos, J. A. (2011). *Las competencias autonómicas en inmigración tras la STC 31/2010*. *Revista de Estudis Autonòmics i Federals (REAF)* núm. 14, pp. 152-185. p.156.



del artículo 138 del Estatuto de Autonomía para Cataluña, en un sentido aparentemente coincidente con la voluntad del legislador estatuyente”. Las competencias exclusivas de las autonomías sobre la integración de inmigrantes quedan meramente limitadas por la competencia exclusiva del Estado en inmigración, pues el FJ 83 de la STC 31/2010 “admite la progresiva irradiación del fenómeno de la inmigración en nuestro modelo territorial desde hace años, en el sentido de desligar la competencia estatal atribuida al Estado en materia de inmigración, de las diversas materias sectoriales asumidas por las Comunidades Autónomas”<sup>586</sup>, y que de acuerdo con sus competencias propias pueden llevar consigo el desarrollo de políticas autonómicas para integrar a los inmigrantes.

En conclusión, la exclusividad del Estado en materia de extranjería, inmigración y asilo que le otorga el art. 149.1.2ª CE, y su colisión con las competencias exclusivas que algunos estatutos de autonomía se atribuyen para la asistencia social e integración de inmigrantes, no ha sido resuelta a gusto de todos por la STC 31/2010 sobre el Estatuto Autonómico de Cataluña.

Para Montilla Martos y determinadas comunidades autónomas, la inmigración es un fenómeno de amplio alcance en el que concurren varias políticas ejercidas en “virtud de títulos competenciales estatales o autonómicos” por lo que “resultaba necesaria una reinterpretación del artículo 149.1.2 CE, que considera la inmigración una materia exclusiva del Estado, sin más matices”, y diera cabida constitucional a las competencias autonómicas sobre políticas de inmigración. Para Montilla Martos “el planteamiento que resulta del art. 149.1.2 CE: la inmigración como materia competencial reservada íntegra y exclusivamente al Estado es, simplemente, anacrónico”<sup>587</sup>.

Wilhelmi realiza un análisis sintético y objetivo de la STC 31/2010 sobre el EAC que, en su opinión, a primera vista no parecía de las más controvertidas “aunque estemos ante un caso de limitación del alcance de las previsiones

---

<sup>586</sup> Galera Victoria, A. (2011). Las políticas de inmigración en el estado autonómico. En F. J. García Castaño y N. Kressova. (Coords.). *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 1683-1690). Granada: Instituto de Migraciones. p.1684.

<sup>587</sup> Montilla Martos, J. A. (2011). *Las competencias autonómicas en inmigración tras la STC 31/2010*. Revista de Estudis Autonòmics i Federals (REAF) núm. 14, pp. 152-185. p.173.

estatutarias a través de una decisión interpretativa, la primera impresión es que la lectura realizada se correspondería con el sentido propuesto por el legislador estatutario”. No obstante, una visión más profunda hace entender que “acoge una orientación marcadamente restrictiva del alcance de la previsión estatutaria interpretada”, el EAC<sup>588</sup>.

La citada sentencia constituye para Wilhelmi un retroceso y no comparte la satisfacción mostrada en los argumentos de la Generalitat y en el informe de expertos, en sus alegaciones al recurso de inconstitucionalidad, pues consideran que la decisión del TC “coincide plenamente con la interpretación o comprensión del contenido de la materia defendido por las instituciones catalanas”<sup>589</sup>.

---

<sup>588</sup> Wilhelmi, A. (2013). *Immigració i Repartiment Competencial En Estats Descentralitzats. Una Comparació Entre Els Casos Espanyol i Italià*. Revista d'Estudis Autònomic i Federals, 280.

p.9. “Los recurrentes consideran que el artículo 138 del EAC (“inmigración”) sería inconstitucional en su conjunto, “sobretudo (sic.) en sus apartados 1 y 2, por atribuir a la Generalitat competencias en materia de inmigración y vulnerar así el art. 149.1.2 CE, que inequívocamente confiere al Estado la competencia exclusiva al respecto”. En cambio, “el TC considera que el precepto impugnado admite una interpretación acorde con la Constitución, si se entiende “que las potestades en él recogidas no se traducen en la atribución a la Generalitat de competencia alguna en materia de inmigración, siendo lo relevante a la hora de pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto, no su rúbrica o la denominación de la materia o título competencial en cuestión, sino el alcance material de las concretas competencias o potestades estatutariamente atribuidas a la Comunidad Autónoma”.

<sup>589</sup> Ibídem. Otras críticas de Wilhelmi a la STC 31/2010 EAC:

En opinión de Wilhelmi, el Tribunal deja de lado la posibilidad de un análisis jurisprudencial más extenso de la cuestión esencial en este punto, que no es otra que la delimitación de la materia inmigración recogida a la vez por los artículos 149.1.2 CE y 138 EAC. Según el mismo autor, sólo en dos ocasiones el TC se refiere a esta cuestión: la primera, cuando afirma que “es evidente que la competencia en materia de entrada y residencia de extranjeros se inscribe en el ámbito de la inmigración y la extranjería”; la segunda, al señalar que “al Estado ha de corresponder, con carácter exclusivo, la competencia en cuya virtud se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante”.

Para la parte recurrente, la autorización de trabajo es incardinable en la materia de inmigración y no en la laboral, “como se desprende del hecho de que dicha autorización siempre se ha regulado en la legislación de extranjería”. La parte demandada, esperaba que el Tribunal hubiese señalado las razones que llevan a que, aunque hasta el momento la autorización de trabajo haya sido el elemento central de la articulación del régimen de extranjería, desde el punto de vista estrictamente competencial se trata de una materia propia de la legislación laboral.

Diferentes autores coinciden con el poco – o nada – satisfactorio carácter de la sentencia que comentamos, también en la materia que estamos analizando. En conclusión, para Wilhelmi, debe entenderse que, aunque el Tribunal no lo precise, el Estado debe ser competente para establecer la diferenciación misma entre nacional y extranjero, así como las líneas generales de la política migratoria o, en otras palabras, el “control de fronteras y la entrada y residencia de extranjeros”, como señala el Parlamento en sus alegaciones.

Para Wilhelmi los estatutos andaluz y catalán pretenden “adaptar el modelo de descentralización territorial a una realidad actual”. Constituyen, “sin duda alguna, una apuesta *federalizante* del modelo, una opción que aunque se pueda debatir políticamente no parece quedar fuera del marco constitucional, como pretende la parte recurrente”<sup>590</sup>.

En opinión de Rodríguez-Izquierdo, las CCAA que han asumido competencias en materia de integración de inmigrantes se sienten “hoy por hoy principales artífices del cambio de concepción de las políticas de inmigración, que tradicionalmente han sido concebidas como mecanismos de control en relación con el mantenimiento del orden público y han pasado a ser concebidas como herramientas de integración”, y que “consideradas en conjunto, le sirven para asimilar una competencia general sobre integración social, económica y cultural de la población inmigrante”. No obstante, este modo de integración, si no está coordinado con las políticas del Gobierno mediante el establecimiento del contingente de puestos de trabajo, invadiría o desvirtuaría la competencia exclusiva del Estado del control de los flujos migratorios<sup>591</sup>.

Para concluir la controversia, presentamos nuestro análisis comparado de las posiciones más relevantes expuestas y la eficacia de la STC 31/2010 sobre el art. 183 del EAC para interpretar el sentido y alcance del art. 149.1.2ª CE.

García Juan esperaba que, la citada sentencia, acabase con “la obsolescencia sobrevenida del apartado segundo del artículo 149.1 de la Constitución Española” que establece “la competencia exclusiva del Estado en las materias de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo” y “el punto y final lo ponga el fundamento jurídico número 83 de la

---

<sup>590</sup> Ibídem. p. 12.

Se trata, pues, de una apuesta para adaptar el modelo de descentralización territorial a una realidad actual. Es también, sin duda alguna, una apuesta *federalizante* del modelo, una opción que aunque se pueda debatir políticamente no parece quedar fuera del marco constitucional, como pretende la parte recurrente. Esta apuesta, aunque no sea rechazada en este punto frontalmente, trata de ser frenada por el Tribunal, cuando afirma que el Estado es “titular de la competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros en tanto que inmigrantes”.

<sup>591</sup> Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2013). Inmigración, integración y competencias en materia de empleo: el papel, y el reto, de las Comunidades Autónomas. *Revista jurídica de los Derechos Sociales*. Enero-junio 2013. pp. 35-40. pp. 35-37

Sentencia del Tribunal Constitucional al respecto del artículo 138 del Estatuto de Cataluña.

En opinión de Galera Victoria, “mediante el empleo de la técnica de la interpretación conforme, el Tribunal Constitucional salva la constitucionalidad del artículo 138 del Estatuto de Autonomía para Cataluña, en un sentido aparentemente coincidente con la voluntad del legislador estatuyente”.

Para Wilhelmi, en cambio, una visión más profunda de la sentencia hace entender que el Tribunal “acoge una orientación marcadamente restrictiva del alcance de la previsión estatutaria interpretada”, el art. 138 del EAC, “aunque estemos ante un caso de limitación del alcance de las previsiones estatutarias a través de una decisión interpretativa”.

Entendemos, por nuestra parte, que para pronunciarse sobre la “apuesta *federalizante*” que, sin ambages, pretenden los estatutos andaluz y catalán para “adaptar el modelo de descentralización territorial a una realidad actual”, la “técnica interpretativa” utilizada por el Tribunal no es la más idónea, aunque, como señala Díaz Revorío, salve la declaración de inconstitucionalidad de muchos preceptos del EAC atribuyéndoles un sentido diferente o contrario a su tenor literal.

Analizamos la efectividad de la normativa estatal para coordinar la actuación administrativa en materia de inmigración.

## **6. Desarrollo legislativo y coordinación administrativa**

La inmigración está sometida en la actualidad a “un intenso grado de intervencionismo público” que trata de regular todos sus aspectos esenciales como las autorizaciones de entrada en el país, permisos de residencia y trabajo e integración de los inmigrantes, incluida la planificación nacional y de la Unión Europea del cupo de contingente de trabajadores extranjeros<sup>592</sup>.

La actual normativa de extranjería, la LOEX 2/2009, articula la coordinación entre administraciones públicas a lo largo de todo su texto, en

---

<sup>592</sup> Borrajo Iniesta, I. (2003). *El desorden administrativo de la inmigración en España*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid , pp. 119-133. p.119.

particular, en su art. 68 estableciendo un órgano específico para llevarla a efecto: la Conferencia Sectorial de inmigración.

El art. 68 de la LOEX 2/2009, pretende la coordinación entre las autonomías y toda la actuación administrativa a través de la Conferencia Sectorial de inmigración, mediante el establecimiento de los principios que deberían informar su gestión. El art. 2. Bis 3 de la LOEX incorpora el de la solidaridad a la gestión de los flujos migratorios que está vinculado al principio constitucional de solidaridad entre las nacionalidades y regiones consagrado en el art. 2 CE. Este principio general de articulación del Estado autonómico, ha sido desarrollado en numerosas sentencias del TC. Su alcance y proyección en la regulación de los flujos migratorios tiene su origen y sentido en la enmienda introducida por el Grupo Mixto en el Congreso por iniciativa de los diputados de Coalición Canaria<sup>593</sup>.

Pero, como ya hemos señalado, Montilla Martos cuestiona que la normativa estatal pueda establecer medidas de coordinación obligatorias en materia de extranjería, pues “no está tan claro que el fundamento jurídico del art. 2 bis LOEX sea “suficiente como para imponer obligaciones a las Comunidades Autónomas en materia de inmigración” [...]. Sobre todo, porque se han atribuido estatutariamente como competencia propia la integración social de los extranjeros. En su opinión, según la STC 31/2010, “la competencia sobre integración no es otra cosa que una proyección de la competencia sobre asistencia social”, y ésta es competencia exclusiva de las CCAA ya que “el establecimiento por el Estado de directrices en esta materia de integración debería fundarse en los arts. 149.1.1 o 149.1.2 CE en relación al régimen de derechos de los extranjeros o al régimen de extranjería”<sup>594</sup>.

---

<sup>593</sup> Moya, D. (2011). *La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009 en La Reforma de la Ley Orgánica de Extranjería de Moya, David y Aguelo Navarro, Pascual*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

p. 26. El objetivo de la iniciativa pretende compensar la diferente presión migratoria en las comunidades autónomas, ya que, “la incidencia de los flujos inmigratorios no es uniforme en todo el territorio español y que existen Comunidades Autónomas que, por su condición de frontera, tienen que asumir una parte muy importante de los costes de un fenómeno que constituye una política de Estado

<sup>594</sup> *Ibídem* p. 26.



A pesar de lo manifestado por Montilla Martos, hemos señalado *ut supra* la posibilidad y condiciones para que, por vía legislativa, se puedan establecer las adecuadas medidas de coordinación incluidas aquellas que son competencia exclusiva de las CCAA.

Para determinadas autonomías, la catalana y andaluza en especial, uno de los objetivos de la reforma de la Ley de extranjería fue “adaptar la normativa a las competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía, que inciden en el régimen de autorización inicial de trabajo”. Aunque afirman que la finalidad de la Ley “es potenciar la cooperación y coordinación de las administraciones públicas competentes en la materia”, también hacen sentir la “necesidad de coordinación de las administraciones públicas como elemento imprescindible de estas políticas” de inmigración. No obstante, manifiestan “la voluntad autonómica de hacer suya la gestión de la inmigración, ya que, desde el Consejo Europeo de Tampere (octubre de 1999), “las comunidades asimilan esa visión europea de la inmigración que afecta principalmente al mercado laboral, en lugar de al orden público”<sup>595</sup>.

---

<sup>595</sup> Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2013). *Inmigración, integración y competencias en materia de empleo: el papel, y el reto, de las Comunidades Autónomas*. Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales. Enero-junio 2013. Vol. 3 núm. 1/2013 . pp. 34-41. p. 37.

Wilhelmi, A. (2013). *Immigració i Repartiment Competencial En Estats Descentralitzats. Una Comparació Entre Els Casos Espanyol i Italià*. Revista d'Estudis Autonòmics i Federals , 280. pp. 6-7. Los nuevos Estatutos autonómicos catalán y andaluz incluyen una previsión de asunción competencial de materias propias en el ámbito de la inmigración. El art. 138 del EAC prevé lo siguiente:

1. Corresponde a la Generalitat en materia de inmigración:
  - a) La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio-sanitarias y de orientación.
  - b) El desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias.
  - c) El establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social.
  - d) El establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas.
  - e) La promoción y la integración de las personas regresadas y la ayuda a las mismas, impulsando las políticas y las medidas pertinentes que faciliten su regreso a Cataluña.
2. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye:
  - a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena.
  - b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción.



La LOEX recoge la visión europea de que la inserción laboral de los inmigrantes está incorporada en el concepto más amplio de su integración social y, además, la responsabilidad de la gestión de la inmigración corresponde al Estado, como señala la STC 236/1991: "En suma, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario"<sup>596</sup>.

La solución para una coordinación eficaz, en opinión de Montilla Martos, pasa por una mejor delimitación teórica de las competencias del Estado y de las CCAA en la materia, con lo que se corregirían las evidentes disfunciones en este ámbito, pues, la prestación de servicios a los inmigrantes por las autonomías está condicionada por la situación jurídico-administrativa del inmigrante, que está determinada por el Estado. Además, la elaboración del contingente anual de puestos de trabajo se realiza sin la efectiva participación de las comunidades, que son las que tienen la competencia para ejecución la legislación laboral estatal. Propone la reconfiguración del reparto competencial con el objetivo de definir cuáles son las facultades autonómicas en la integración social de los inmigrantes, y reconocer a las CCAA mayor cauce

---

3. Corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V.

Por otra parte, el Estatuto andaluz incluye la siguiente previsión en el art. 62. Inmigración.

1. Corresponden a la Comunidad Autónoma:

a) Las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes, en el marco de sus competencias.

b) La competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

2. La Comunidad Autónoma participará en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título IX.

NOTA. Se constata que los arts. 138.2 EAC y 62.2 EAA son casi literalmente idénticos.

<sup>596</sup> Álvarez Conde, E. (2010). Europa y el proceso de descentralización. *Jornadas "el Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña"* (págs. pp. 23-49). Valencia : Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". p. 26.

participativo en la determinación del régimen jurídico-administrativo de los inmigrantes<sup>597</sup>.

García Juan utiliza un tono más radical para recortar las competencias del Estado en materia de inmigración, pues, tras analizar los FJS 83 y 111 de la SCT 31/2010 sobre el EAC, señala la pretensión del Estatuto: “proponiendo una interpretación más restrictiva de las competencias estatales y fijando un conjunto más amplio de las autonómicas, es reformular una competencia e imponer su obligatoriedad respecto a todas las Administraciones, dado el carácter pactado y de norma dual -estatal y autonómica- de los Estatutos de Autonomía”<sup>598</sup>.

Analizamos seguidamente otras propuestas más conciliadoras que intentan coordinar, y no confrontar, las políticas del Estado y las autonomías sobre extranjería.

La cooperación de entre el Estado y los entes territoriales es otro principio que debería regir en el desarrollo de las políticas de extranjería, como sucede en la resolución de los nuevos supuestos de autorización inicial de trabajo, planteada en el marco del art. 138.2 del Estatuto de Cataluña. Por el RD 1463/2009, de traspaso de funciones y servicios a la Generalitat catalana en materia de inmigración, se establecía que los nuevos supuestos serían analizados caso por caso por la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, concretamente, por la Subcomisión Bilateral de cooperación Generalitat-Estado en materia de inmigración, trabajo y residencia de extranjeros<sup>599</sup>.

---

<sup>597</sup> García Retortillo, R. (2008). Las Comunidades Autónomas y la Inmigración . *Revista Jurídica de Navarra* , pp. 262-271.

p. 263. Comentario a la obra de AJA, E., MONTILLA, J.A. y ROIG, E. (Coords.); *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*. Tirant Lo Blanch-Institut de Dret Públic, Barcelona, 2006. Disponible en [www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?...RJ\\_45](http://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?...RJ_45)

<sup>598</sup> García Juan, L. (s.f.). *Las Comunidades Autónomas Como Gestoras de la Inmigración. Especial Referencia al Caso de Cataluña*. Recuperado el 08 de Octubre de 2014, de Generalitat de Cataluña: <http://www.gencat.cat/bsf/publica/butlletiIMMI/num69/LesCCAAcomaGestoresdelalmmigracio.pdf>. pp. 46-47.

<sup>599</sup> Montilla Martos, J. A. (2011). *Las normas generales del Estado sobre inmigración en 2011*. Recuperado el 06 de Mayo de 2014, de LA HORA DE LA INTEGRACIÓN. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA: [www.cidob.org/.../Anuario+MIG+2011+Montilla-Rodríguez-Lancha.pdf](http://www.cidob.org/.../Anuario+MIG+2011+Montilla-Rodríguez-Lancha.pdf). p. 352.

La inserción laboral, escollo que tienen que superar los inmigrantes para lograr su permanencia en territorio nacional, es materia que debería ser objeto de coordinación por parte de las administraciones. Conforme a la Constitución, la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social son competencia exclusiva del Estado, art. 149.1.17ª CE, pero como la misma disposición establece, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas, competencia por la que las autonomías incrementan su margen de actuación en materia de inserción laboral<sup>600</sup>.

Otra materia, cuyo desarrollo postconstitucional no ha sido pacífico, es la de las relaciones socio-laborales. La prevención del Estado de reservarse la competencia exclusiva la legislación y reglamentación en materia laboral “garantiza la uniformidad en la ordenación jurídica de la materia en todo el territorio del Estado, sin que quepa, por tanto, su disgregación en ámbitos autonómicos, con lo que se asegura, en definitiva, el principio de igualdad”, puesto que “la diversificación de la legislación laboral en las diferentes Comunidades Autónomas sería a todas luces incompatible con el art. 139.1 CE”<sup>601</sup>.

## **II. SINGULARIDAD DEL PROYECTO MIGRATORIO DE LOS MENAS**

### **1. Inicio de la inmigración irregular de los MENAS**

A partir de los años noventa empieza a detectarse en España un nuevo fenómeno migratorio con la llegada de los MENAS que constituyen la llamada tercera generación de la inmigración. La primera generación la formaban los padres que emigraban a Europa en busca de trabajo; la segunda las madres como sus acompañantes en el marco de la reagrupación familiar; la tercera

---

<sup>600</sup> Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2013). Inmigración, integración y competencias en materia de empleo: el papel, y el reto, de las Comunidades Autónomas. *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*. Enero-junio 2013. Vol. 3 núm. 1/2013 ,pp. 34-41. p.36.

<sup>601</sup> Cavas Martínez, F. y. (2005). La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis. *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*. Número 23 , pp. 103-128. pp. 103-105.

fase de la emigración es la de los niños que realizan el viaje solos, sin la compañía de sus padres o de adulto responsable<sup>602</sup>.

La presencia de niños y jóvenes inmigrantes solos en Europa “se percibe como problema”, a finales de los años ochenta, por el incremento de su número y la protección que se les debe proporcionar conforme con los acuerdos y convenios internacionales sobre la protección de menores. También se constata la diferencia de la construcción cultural de la infancia y adolescencia que existe en el contexto europeo, y el bagaje que aportan los menores de sus países de origen. Los agentes sociales que procuran su integración tienen que hacer frente a su doble condición de menores y de inmigrantes<sup>603</sup>.

Hasta hace dos décadas, las migraciones de los menores en España se percibían como “algo homogéneo y de características similares al resto de las migraciones”. Pero, como hemos señalado, a partir de la década de los años noventa la migración de los MENAS comienza a ser objeto de estudio en el ámbito jurídico, social y antropológico como un modelo nuevo, cuyas causas y efectos son diferentes del resto de las migraciones. De esta manera, las migraciones de los MENAS han dejado de analizarse desde la óptica de una estrategia familiar de migración, en la que los menores carecían de protagonismo. Sin infravalorar la influencia y la presencia familiar, no se puede obviar la perspectiva de los MENAS y su iniciativa en un proyecto migratorio propio eligiendo la estrategia a seguir y el momento de llevarlo a efecto<sup>604</sup>.

Algunas fuentes señalan que en los años 1998 y 99 se registra el mayor incremento del flujo de menores hasta esa fecha. Esta circunstancia será muy importante porque, a partir de entonces, se procederá en varios países a una

---

<sup>602</sup> VV.AA. (Junio de 2006). *Entre la represión y la protección*. Recuperado el 30 de Mayo de 2014, de Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía: [www.apdha.org/media/informemena0606.pdf](http://www.apdha.org/media/informemena0606.pdf) p. 4-5.

<sup>603</sup> Quiroga, V. e. (2005). *Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no acompañados en Europa*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Secretaria de Joventut. p. 15.

<sup>604</sup> Torrado Martín-Palomino, E. (2012). Las migraciones de menores no acompañados desde una perspectiva de género. *DILEMATA*, pp. 65-84. p. 72.

recogida estadística de datos sobre los MENAS que permitirá mostrar la realidad del fenómeno y además su magnitud a escala europea<sup>605</sup>.

Para Lorente y Jiménez, los menores migrantes son los nuevos protagonistas de los flujos migratorios en el ámbito internacional conformando un nuevo sujeto migratorio. Pronostican, además, que la presencia de menores en los desplazamientos humanos será un factor común de las migraciones a nivel mundial a partir del siglo XXI. Atribuyen dos características principales a la migración de menores marroquíes a España: una es la movilidad de estos menores; otra “la generalización de la violación de sus derechos fundamentales en zonas de frontera”. Consideran que la movilidad es la estrategia que los menores desarrollan debido a la contradicción “entre las dos lógicas que regulan su situación: una que los protege (la que se refiere a la protección de la infancia)” y “otra que los expulsa (la que se refiere a la situación de los migraciones irregulares en España)”<sup>606</sup>.

La mayoría de la doctrina no comparte las opiniones anteriores, en especial, que se violen generalmente los derechos de los menores en las fronteras. Por una parte, la mayoría de los testimonios de los extranjeros reflejan que en España reciben buen trato<sup>607</sup> y por otra parte, los derechos de los menores están reconocidos y garantizados en la Constitución y tutelados judicialmente.

Muestra de la evidencia de esta protección es el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 15 de Madrid, de 20 de junio de 2006, que resuelve acordar la suspensión del expediente de repatriación por “no cumplir el fin de protección que necesariamente está intrínseco en la propia medida”<sup>608</sup>.

---

<sup>605</sup> Quiroga, V. e. (2005). *Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no acompañados en Europa*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Secretaria de Joventut. p.36.

<sup>606</sup> Lorente y Rubén, D. y. (Abril de 2005). *Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos*. Recuperado el 24 de Abril de 2014, de Federación SOS Racismo : <http://www.fmyv.es/ci/es/Infancia/vsym/12.pdf> p. 8.

<sup>607</sup> Soy de un pueblo de la provincia de Nador (Marruecos) y tengo 41 años. Llegué a España para hacer el doctorado de Filología Inglesa en Granada. Aquí, me siento respetado. Rachid Mohyi. XLSEMANAL 19 de octubre de 2014.

<sup>608</sup> Nieto, L. C. (2007). *Menores y extranjeros: un solo marco jurídico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. p.26-27.

Tampoco la movilidad de los MENAS es una respuesta a la dualidad protección-expulsión, pues los análisis de las estadísticas de las variaciones residenciales de los extranjeros muestran que las personas de nacionalidad marroquí son las que presentan una “más intensa movilidad espacial”. Además, su proyecto migratorio suele componerse de varias etapas “incluso antes de cruzar la frontera”. Sus destinos y proyectos migratorios se modifican con el tiempo tratando de encontrar la mejor opción<sup>609</sup>.

Precisamente, uno de los inconvenientes encontrados al tratar de cuantificar el número de MENAS en España y en otros países es la movilidad de estos adolescentes debido a dos razones fundamentales: una, es difícil establecer el censo de una población que procura no darse a conocer; dos, presentan un elevado índice de movilidad y se trasladan con mayor frecuencia y facilidad que los emigrantes adultos<sup>610</sup>.

Pese a la dificultad del control de estos menores la preocupación por su protección jurídica surge con la aparición del fenómeno de la inmigración irregular infantil en España que era prácticamente inexistente en la década de los ochenta. La LO 7/1985 sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros no establecía ninguna norma sobre los menores no acompañados, no obstante, su Reglamento de ejecución, el RD 155/1996 provee que el tratamiento de los menores en España se realizará “conforme a lo previsto en la Convención de

---

El Auto señala que, la LOPJM 1/1996, establece que además del derecho que el menor tiene de ser oído en todo proceso judicial se garantice, también, que pueda ejercitar los derechos por él mismo o a través de la persona que designe para que lo represente, si su interés resulta contrapuesto con el de las instituciones públicas [...] y, que “por aplicación de lo dispuesto en los arts. 162, 319, 323 y demás concordantes del CC, ningún inconveniente existe para que pueda comparecer por sí mismo ante los Tribunales de Justicia”. En su FJ 4 el Juez considera que la familia del menor no tiene capacidad para procurar la integridad del menor ni atender a su cuidado y que “de reagruparlo, viviría una situación de mayor desprotección y vulnerabilidad social” y “ninguna garantía se nos ofrece de que la situación que se encuentre a su regreso sea mejor que la que deja aquí”.

<sup>609</sup> Capote, A. (2011). Inmigrantes marroquíes en Andalucía: Itinerarios migratorios en distintos contextos locales de las provincias de Córdoba y Granada. *Cuadernos Geográficos. Universidad de Granada*, pp. 33-34.

<sup>610</sup> Hadjab Boudiaf, H. (2011). Entender el fenómeno de los llamados “menores extranjeros no acompañados”. En F. J. García Castaño y N. Kressova (coords.) . *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 925-934). Granada : Instituto de Migraciones. p. 926.



las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989” (art. 12 RD 155/1996)<sup>611</sup>.

A diferencia de la mencionada LOEX 7/1985, basada en el control de los flujos migratorios, que no hacía referencia a los servicios sociales y asistenciales de los inmigrantes y sólo reconocía derechos a los extranjeros que se encontraban en situación administrativa regular en nuestro país, se ha pasado a la Ley de extranjería actual 2/2009 que es la que “mejor se acomoda al texto constitucional” y encabeza el “elenco de leyes más garantistas de la Unión Europea” en cuanto al reconocimiento de los derechos de los extranjeros que se encuentren en España en cualquier situación. A esta concepción garantista del reconocimiento de derechos fundamentales de los extranjeros, adultos y menores de edad, han contribuido eficazmente las sentencias del TC, en particular la STC 236/2007, calificada como paradigmática<sup>612</sup>.

## **2. El proyecto migratorio de los MENAS**

El fenómeno de la emigración de los MENAS es un proceso en continua evolución, y lo que se pueda decir hoy sobre él es factible que tenga otras manifestaciones en el futuro. Por otra parte, no es objeto de este trabajo ocuparse de todos y cada uno de los proyectos de los diversos colectivos de MENAS que llegan a nuestro país. No obstante señalaremos algunas de las características de los proyectos migratorios que con origen en África, Europa y Sudamérica tienen como destino España. Por el riesgo que suele entrañar el viaje migratorio, en especial los de naturaleza irregular y por su mayor peso en el conjunto de los inmigrantes, dedicaremos más atención a los MENAS procedentes del continente africano.

Con la intención de poner de relieve el carácter transnacional de la migración y evitar las connotaciones negativas de los vocablos emigrante e

---

<sup>611</sup> Nieto, L. C. (2007). *Menores y extranjeros: us solo marco jurídico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. p.19.

<sup>612</sup> Vidal Fueyo, M. d. (2012). *Políticas Públicas en Inmigración*. Valencia : Tirant lo Blanch. P. 380, en la obra de Matia Portilla, Francisco Javier et al. *Crisis e inmigración. Reflexiones Interdisciplinares sobre la Inmigración en España*.

inmigrante, se ha empezado a utilizar por algunos la expresión menores migrantes no acompañados para denominar a los MENAS<sup>613</sup>.

Sin embargo, la Organización Internacional de las Migraciones dice que no hay una definición universalmente aceptada del término “migrante” que, usualmente, abarque todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona implicada por “razones de conveniencia personal” y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello. Se aplica el término a las personas y a sus familiares que van a otro país o región, con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales, sus perspectivas y las de sus familias<sup>614</sup>.

De los movimientos migratorios de los MENAS con destino a nuestro país comenzaremos por los africanos, señalando las peculiaridades propias de los que tienen su origen en el Magreb y de los subsaharianos. A diferencia de los menores marroquíes, los subsaharianos poseen una trayectoria migratoria anterior a la época colonial, según indican Arthur, 1991, y Bakewell & De Hass, 2007. Ha sido una constante histórica la intensa movilidad de población en el Sahara por motivos económicos, sociales y religiosos. Con el advenimiento del colonialismo, al definir las “nuevas fronteras” donde nunca habían existido, se produjo el descuartizamiento de África, que llevó consigo el derribo del flujo migratorio transahariano<sup>615</sup>.

Los MENAS procedentes del Magreb se identifican a sí mismos como colectivo y son conocidos como “Harraga en Marruecos y Harq en Túnez y en Argelia”<sup>616</sup>.

---

<sup>613</sup> Quiroga, V. e. (2005). *Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no acompañados en Europa*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Secretaría de Joventut. p.32.

<sup>614</sup> Organización Internacional para las Migraciones: <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/key-migration-terms-1.html>.

<sup>615</sup> Hadjab Boudiaf, H. (2011). Entender el fenómeno de los llamados “menores extranjeros no acompañados”. En F. J. García Castaño y N. Kressova (coords.) . *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (págs. pp. 925-934). Granada : Instituto de Migraciones.

p.927. Otra diferencia de los MENAS subsaharianos procedentes del África Occidental es que el tiempo medio invertido en la migración es de dos años. Lo que supone, para un menor de 15 a 17 años, haber salido de su casa a partir de los 12 años. p. 928.

<sup>616</sup> Quiroga, V. e. (2005). *Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no acompañados en Europa*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Secretaría de Joventut. p.30:

Característica de este grupo es que en la decisión de emigrar, en general, toma parte la familia que la apoya y la dota económicamente, sin embargo, la elección del momento de ejecutar el proyecto suele ser adoptada por el grupo de iguales. Un estudio sobre jóvenes migrantes señala que “la decisión de emigrar, en todos los casos analizados, fue tomada de manera individual”, aunque, en el caso del colectivo marroquí entrevistado, la decisión parece ser tomada de manera bastante espontánea, fruto del “efecto llamada” de otros jóvenes y de la imagen que les llega de Europa, y no tanto como consecuencia de una reflexión profunda sobre el proceso que inician y sus consecuencias, tal y como varios de ellos reconocen<sup>617</sup>.

Según Hadjab Boudiaf, es una característica de este grupo que, generalmente, no suelen hacer uso de las redes transnacionales tradicionales establecidas por los adultos, antes bien, utilizan las propias que ellos crean. La cooperación policial entre España y Marruecos, cada vez más eficaz, ha obligado a adaptar las vías de entrada a la nueva situación de control marítimo<sup>618</sup>.

Una necesidad de la emigración irregular es la concurrencia de los facilitadores de paso de fronteras. Cabe distinguir dos tipos: los guías locales

---

“Esta palabra (Harraga) proviene de la raíz Hrq del árabe clásico, que quiere decir, quemar, incendiar. Así, el “hariq”, según el diccionario de árabe culto moderno de J. Cortés (1996), es la persona que se enciende, el incendiario. Y en un sentido metafórico, es aquel que se quema o arriesga la vida, hasta la muerte si hace falta, con la finalidad de emigrar de forma clandestina a Europa para conseguir mejorar sus condiciones de vida. [...] A los menores les gusta autocalificarse como “hariq” como signo de heroicidad y de valentía, y así compararse con las hazañas de los adultos. De hecho, en el Magreb el uso habitual de este término no implica ninguna diferencia en el grupo de edades, y por ello, tanto los adultos como los menores se reconocen en él. Según como se mire, podría calificarse de un nuevo ritual de paso entre la infancia y la edad adulta. Sin embargo, también conviene aclarar que este concepto se utiliza en el Magreb, entre las personas que no emigran, en un sentido despectivo: el “hariq” es un loco, un suicida, alguien que no sabe lo que hace...”

<sup>617</sup> VV.AA. (2012). *Servicio de Investigación Social. Experiencias de solidaridad de jóvenes migrantes. La integración social a través del voluntariado*. Recuperado el 30 de octubre de 2014, de Fundación EDE: <http://www.fundacionede.org/ca/archivos/investigacionsocial/experiencias-solidaridad-jovenes-extranjeros-acompanados-08012013.pdf>

p. 77. “De hecho, más de uno reconoce que echando la vista atrás (y sopesando las vicisitudes) no volverían a emprender el viaje (ni se lo recomendarían a sus hermanos, por ejemplo), si bien también tienen claro que tampoco volverían ahora a su país”.

<sup>618</sup> Hadjab Boudiaf, H. (2011). Entender el fenómeno de los llamados “menores extranjeros no acompañados”. En F. J. García Castaño y N. Kressova (coords.) . *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 925-934). Granada : Instituto de Migraciones. p.926.

(“les passeurs”) y los traficantes (“les trafiquants”). En el contexto de la migración, la actividad del guía local es muy semejante a la del contrabandista que comete infracciones aduaneras menores. Hay muchas personas que colaboran en las tareas de facilitar el paso de fronteras a emigrantes clandestinos, como los conductores de camiones o los tripulantes de embarcaciones. Los traficantes de personas, en cambio, operan a gran escala en redes que se implican en las de distribución de la droga y de la prostitución<sup>619</sup>.

Podemos clasificar los proyectos migratorios de los MENAS en definidos y no definidos. Tienen un proyecto migratorio definido o claro, los que han decidido emigrar para trabajar, mejorar sus condiciones de vida y ayudar a su familia de origen. En cambio, el proyecto migratorio no definido es el de los que han salido de su país por novedad, en busca de aventura, o arrastrados por la inercia o imitación de los mayores u otros jóvenes. El objeto que se propone el MENA que emigra es de gran importancia pues indica la disposición del menor a integrarse en el sistema de acogida.

Los MENAS con proyecto migratorio definido “suelen ser más proclives a aceptar su estancia en los centros de protección como escala imprescindible para obtener la documentación que necesitan para poder hacer efectivo su objetivo migratorio: trabajar” Por el contrario, los menores sin un proyecto migratorio claro “presentan una mayor tendencia a abandonar los centros de protección y suelen ser más conflictivos durante su estancia en los mismos”. Los MENAS con proyecto definido suelen ser de edad superior a los dieciséis años, y en caso de abandonar el centro lo hacen para ir a otro que, según la información de sus redes, les ofrece mejores oportunidades o condiciones de estancia. En función de su procedencia, los MENAS subsaharianos tienen un proyecto migratorio definido<sup>620</sup>.

---

<sup>619</sup> Cebrián, J. A. (Enero de 2012). *La inmigración irregular española procedente de Marruecos*. Recuperado el 18 de Noviembre de 2014, de Digital CSIC: [digital.csic.es/bitstream/10261/62432/1/2012-Funciva..pdf](http://digital.csic.es/bitstream/10261/62432/1/2012-Funciva..pdf). pp. 7-10.

<sup>620</sup> VV.AA. (Diciembre de 2008). *Informe monográfico a la Junta General del Principado de Asturias. La protección de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Procuradora General del Principado de Asturias: <http://www.integralocal.es/upload/File/Informe%20monogr%C3%A1fico%20elaborado%20por%20la%20Procuradora%20General%20del%20Principado%20de%20Asturias%20sobre%20la%2>

El proyecto migratorio de los MENAS está muy influenciado por su situación familiar y su bagaje formativo. En el caso de los menores marroquíes podemos diferenciar los siguientes grupos: los procedentes del interior y familia desestructurada no tiene proyecto determinado y desconocen la legislación y marco a que se acogen; los del interior y familia estructurada tienen perfectamente definido su proyecto y pretenden llegar a un centro de protección; los menores de perfil urbano y aventurero buscan la mejora personal a través de la regularización; por último, los menores de la calle emigran siguiendo el ejemplo de los mayores de su barrio y, como ellos, quieren regularizarse<sup>621</sup>.

### 3. La migración infantil femenina

Los estudios realizados en España, hasta el año 2005, coinciden en señalar que los menores extranjeros no acompañados son en su mayoría varones siendo minoría las niñas<sup>622</sup>.

Las MENAS no empiezan a ser detectadas hasta el año 2001. Son de nacionalidad nigeriana las que llegan a Canarias, y rumana las que van a Valencia y Cataluña. Hasta años más tarde no comienzan a llegar, de forma significativa, a los servicios de protección, en especial las rumanas, las marroquíes y las nigerianas<sup>623</sup>.

En un centro de acogida de la provincia de Cádiz, el año 2005, se constata que llegan al centro cada vez más niñas, pero se considera que este

---

0protecci%C3%B3n%20de%20los%20menores%20extranjeros%20no%20acompa%C3%B1ados%20en%20Asturia.pdf

p.115-118. "El 100% de los menores de los dos centros de acogida específicos, eran todos subsaharianos, tenían proyecto migratorio definido. En el centro de primera acogida, en 2006, el 80% tenían proyecto migratorio claro; en el primer trimestre de 2007, el 82.2 % tenían proyecto migratorio claro. Cuatro rumanos no tenían proyecto migratorio".

<sup>621</sup> Cabrera Medina, J. C. (2008). *El fenómeno de la emigración de menores. Análisis desde la Provincia de Cádiz (2002-2007)*. Cádiz: Diputación Provincial de Cádiz. pp. 52 y ss.

<sup>622</sup> Goenechea Permisán, C. (19 de Junio de 2006). *Menore inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad*. Recuperado el 29 de Abril de 2014, de Universidad Complutense de Madrid: weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web\_I\_Cong./menors2.pdf. p. 2.

<sup>623</sup> Quiroga, V. e. (2010). *Menores Migrantes no Acompañados en España. Sueños de bolsillo*. UNICEF y Banesto. p.14.



aspecto no es objeto de su estudio pues “en esta provincia es todavía un hecho marginal comparado con el fenómeno de los varones”<sup>624</sup>.

Si el fenómeno de la inmigración de los MENAS sorprendió a Europa por falta de previsión para acoger a los menores, su feminización “ha puesto en jaque a los países firmantes de la convención de Derechos del Niño” por su incidencia en la prostitución infantil, tema de difícil tratamiento, aunque no sea nuevo. Ya el sociólogo francés Poulin denunciaba que el capitalismo de los siglos XVIII y XIX fomentó las redes de prostitución infantil en aquella época, siendo el Reino Unido el principal consumidor de este tipo de prostitución<sup>625</sup>.

La nacionalidad de procedencia de las MENAS es variada: rumana, marroquí, nigeriana y búlgara. Por el motivo de su emigración y por su origen difieren bastante de sus homólogos masculinos. Las menores rumanas, nigerianas y del este de Europa emigran para trabajar en la prostitución, voluntariamente o engañadas por las mafias; las menores marroquíes, en cambio, huyen de su insostenible situación familiar, son embarazadas repudiadas, madres solteras o, simplemente, tienen deseos de aventura<sup>626</sup>.

La migración de las chicas menores de edad que viajan solas va teniendo poco a poco mayor relevancia “conformando una realidad no exenta de complejidad y gravedad”, pues, la falta de visibilidad de la situación en que viven estas menores sometidas a explotación laboral y sexual, dificulta que sean identificadas como personas necesitadas de especial protección<sup>627</sup>.

---

<sup>624</sup> Cabrera Medina, J. C. (2008). *El fenómeno de la emigración de menores. Análisis desde la Provincia de Cádiz (2002-2007)*. Cádiz: Diputación Provincial de Cádiz .p.13.

<sup>625</sup> Hadjab Boudiaf, H. (2011). Entender el fenómeno de los llamados "menores extranjeros no acompañados". En F. J. García Castaño y N. Kressova (coords.) . *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 925-934). Granada : Instituto de Migraciones. p. 932.

<sup>626</sup> Quiroga, V. e. (2010). *Menores Migrantes no Acompañados en España. Sueños de bolsillo*. UNICEF y Banesto.

p. 16. :”una motivación menos convencional pero que también existe entre las mujeres adultas inquietas, disconformes y aventureras (Ramírez 200; Kempadoo y Doezeema, 2001; Juliano, 2004”

<sup>627</sup> Trujillo Vega, M. A. (2008). Las niñas y adolescentes que emigran solas a España. ¿Un nuevo fenómeno social? *El carácter universal de la educación intercultural. Actas de las I Jornadas Internacionales y VI sobre diagnóstico y orientación* (pág. pp. 163). Jaen: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaen. p.163.



A pesar de moverse fuera del sistema de protección, se ha notado el incremento de las menores nigerianas en los centros de acogida de España, no obstante, en el año 2011 las cifras aun no eran significativas. El trato con estas niñas “debe ser cuidadosamente preparado y realizado desde una perspectiva antropológica”. Para ganarse la confianza de las menores se debe conocer su sistema de valores culturales y actuar con celeridad con objeto de poder desmontar la “programación mental” a la que están sometidas. Las mafias las instruyen para que no comenten que proceden de Nigeria con el fin de evitar que se delaten sus rutas, sus modos de actuación y poder continuar extorsionándolas<sup>628</sup>.

Que las menores lleguen a España en menor número no es la diferencia esencial con respecto a los menores varones. Es más significativo que la mayoría de ellas en sus sociedades de origen no tienen la oportunidad de plantearse proyectos de vida autónomos, estando limitado su ámbito de actuación al espacio doméstico en el que el matrimonio es la mejor oportunidad<sup>629</sup>.

Como señalamos al tratar la problemática de la protección de los MENAS –en los que concurren las condiciones de menores, de extranjeros y de estar solos- en el caso de las MENAS cabe añadir el factor de riesgo y la vulnerabilidad por su sexo<sup>630</sup>. A estos condicionantes se suma el de una mayor invisibilidad que sus homólogos del sexo masculino, lo que implica una mayor dificultad para su tratamiento y protección.

Para proteger a estas menores y efectuar una intervención que facilite su integración social es necesario conocerlas, saber su origen, su contexto social y familiar, cómo y por qué emigran, cuál es su proyecto migratorio, qué esperan

---

<sup>628</sup> Hadjab Boudiaf, H. (2011). Entender el fenómeno de los llamados "menores extranjeros no acompañados". En F. J. García Castaño y N. Kressova (coords.) . *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 925-934). Granada: Instituto de Migraciones. p. 932.

<sup>629</sup> Trujillo Vega, M. A. (2008). Las niñas y adolescentes que emigran solas a España. ¿Un nuevo fenómeno social? *El carácter universal de la educación intercultural. Actas de las I Jornadas Internacionales y VI sobre diagnóstico y orientación* (pág. pp. 163). Jaen: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaen. p.163.

<sup>630</sup> García de Diego, M. J. (2010). "Bajo el Casco de Hades": Menores migrantes no acompañadas como posibles víctimas de trata y su triple invisibilización . *Migraciones 28. Universidad Pontificia de Comillas* , pp. 193-223. p. 197.

de la sociedad de acogida, cuáles son sus preferencias de trabajo y el lugar donde querrían hacerlo, cómo asumen su situación, cuáles son sus vínculos con la sociedad de origen y los compromisos para ayudar a su familia, las deudas adquiridas para realizar el proceso migratorio y, ante todo, visibilizar su situación<sup>631</sup>.

#### 4. Trata y tráfico ilegal de menores

No es fácil encontrar en los países europeos el equilibrio adecuado entre la regulación ordenada de los flujos migratorios, la lucha contra la inmigración ilegal, y la integración progresiva de los inmigrantes en el ámbito económico, social y cultural del país de acogida. Tras la emigración irregular se suele ocultar “un infame negocio que mueve enormes cantidades de dinero y que debe ser combatido en el ámbito europeo de forma concertada, y no sólo en el ámbito nacional”. El Comisario para los Derechos Humanos está plenamente de acuerdo con la persecución sistemática de los responsables del tráfico de personas<sup>632</sup>.

El primer problema con el que la comunidad internacional se enfrenta para luchar contra esta lacra transnacional es que, para muchos gobiernos, la trata de personas y el tráfico ilegal de migrantes son temas delictivos y de control de fronteras, no de derechos humanos. Pero la comunidad de derechos humanos tiene la especial responsabilidad de asegurar que no se vean solamente como problemas de inmigración, de orden público o del crimen organizado<sup>633</sup>.

La migración de los menores es un negocio para los traficantes pues saben que si los menores llegan a Europa, estarán amparados por la normativa

---

<sup>631</sup> Trujillo Vega, M. A. (2008). Las niñas y adolescentes que emigran solas a España. ¿Un nuevo fenómeno social? *El carácter universal de la educación intercultural. Actas de las I Jornadas Internacionales y VI sobre diagnóstico y orientación* (pág. pp. 163). Jaen: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaen. p.166.

<sup>632</sup> VV.AA. (2005). *Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España 10-19 de marzo de 2005 a la atención del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria*. Madrid: Defensor del Pueblo. P. 29-31.

<sup>633</sup> Gallaguer, A. (2001). *Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties*. Recuperado el 02 de Noviembre de 2014, de No trafficking organization. FRM 12: [http://www.no-trafficking.org/content/pdf/trafficking\\_smuggling\\_and\\_human\\_rights\\_tricks\\_and\\_treaties.pdf](http://www.no-trafficking.org/content/pdf/trafficking_smuggling_and_human_rights_tricks_and_treaties.pdf) p. 27-28.

nacional e internacional. Con esta constancia, captan familias a las que ilusionan con lo maravilloso que es Europa y las oportunidades que sus hijos menores podrían tener. Los padres venden su ganado y, como contrapartida, los menores deben mandar dinero para resolverles los problemas económicos cotidianos. El continente africano es un auténtico mercader que responde a las necesidades del ámbito local e internacional del tráfico de personas<sup>634</sup>.

La realidad de la situación que relatan las menores víctimas de la trata o de la inmigración ilegal es muy cruda. Sufren engaños al ser captadas en su país de origen, secuestros y aislamiento de sus familias, les hacen promesas de trabajos que luego no se cumplen, son obligadas a trabajar en el servicio doméstico o para la prostitución sin recibir remuneración económica en el país de su destino, se les retira la documentación para dejarlas indefensas, sufren trato vejatorio, maltrato físico y psíquico y, son amenazadas ellas y sus familias<sup>635</sup>.

Con objeto de centrar el tema en estudio comenzaremos por diferenciar los conceptos de trata de personas y tráfico ilegal de migrantes conforme a lo establecido en los Protocolos de las Naciones Unidas para la Trata de Personas (*Trafficking Protocol*) y para la Tráfico ilegal de Personas (*Smuggling Protocol*).

### **A. La trata de personas**

Es la acción de captar, transportar, transferir, albergar o recibir personas mediante la amenaza, el uso de la fuerza u otras formas de coacción como el secuestro, fraude, engaño, abuso de poder o de una posición de vulnerabilidad; también, dar o recibir pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de

---

<sup>634</sup> Hadjab Boudiaf, H. (2011). Entender el fenómeno de los llamados "menores extranjeros no acompañados". En F. J. García Castaño y N. Kressova (coords.) . *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 925-934). Granada: Instituto de Migraciones. pp.929-930. La asociación nigeriana *Women Trafficking and Child Labour Eradication Foundation (WOTCLEF)* denuncia que cada año unas ochocientas mil personas, principalmente mujeres y niñas, son víctimas de trata de personas en los ámbitos nacional e internacional, algunas de doce años de edad.

<sup>635</sup> Trujio Vega, M. A. (2008). Las niñas y adolescentes que emigran solas a España. ¿Un nuevo fenómeno social? *El carácter universal de la educación intercultural. Actas de las I Jornadas Internacionales y VI sobre diagnóstico y orientación* (pp. 164-168). Jaen: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaen. pp.164.

una persona con objeto de controlar a otra con el propósito de explotación. Las formas de explotación incluyen, entre otras, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos<sup>636</sup>.

El objeto del Protocolo contra la Trata de Personas (*Trafficking Protocol*) es impedir y combatir la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Pone su empeño en reforzar la cooperación entre países para criminalizar la trata de personas; facilitar y aceptar el regreso de sus nacionales víctimas de trata y garantizar que se efectúa respetando su seguridad y trato legal; intercambiar información sobre la identidad de los traficantes y de sus procedimientos; preparar al personal que actúa para imponer la Ley y perseguir el tráfico; reforzar los controles de las fronteras para detectar y prevenir el tráfico; adoptar medidas legislativas para impedir el transporte comercial utilizado para la trata de personas y penalizarlo<sup>637</sup>.

El *Trafficking Protocol* pone especial énfasis en que el consentimiento de la víctima no es esgrimible como defensa por el agresor: “Un niño no puede consentir en ser objeto de trata”. El Protocolo excluye toda posibilidad de consentimiento cuando la víctima es menor de dieciocho años aunque no haya

---

<sup>636</sup> Gallaguer, A. (2001). *Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties*. Recuperado el 02 de Noviembre de 2014, de No trafficking organization. FRM 12: [http://www.no-trafficking.org/content/pdf/trafficking\\_smuggling\\_and\\_human\\_rights\\_tricks\\_and\\_treaties.pdf](http://www.no-trafficking.org/content/pdf/trafficking_smuggling_and_human_rights_tricks_and_treaties.pdf).

p. 26. Trafficking in Persons is: “...the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person for the purposes of exploitation.

Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.”

Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the UN Convention against Transnational Organized Crime, Article 3(a).

<sup>637</sup> Gallaguer, A. (2001). *Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties*. Recuperado el 02 de Noviembre de 2014, de No trafficking organization. FRM 12: [http://www.no-trafficking.org/content/pdf/trafficking\\_smuggling\\_and\\_human\\_rights\\_tricks\\_and\\_treaties.pdf](http://www.no-trafficking.org/content/pdf/trafficking_smuggling_and_human_rights_tricks_and_treaties.pdf).

p. 25.

habido amenaza contra e menor, ni se haya empleado la fuerza, ni haya sido coaccionado, secuestrado o engañado<sup>638</sup>.

## B. Tráfico ilegal de personas

Consiste en facilitar, directa o indirectamente, la entrada ilegal de una persona en un Estado del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener un beneficio financiero o provecho de orden material. A diferencia de las víctimas de la trata de personas, el emigrante irregular asume que actúa voluntariamente y, como consecuencia, con menos protección. El énfasis principal del *Migrant Smuggling Protocol* es reforzar el control de las fronteras. Es la primera vez que en el Derecho internacional se autoriza específicamente a los estados partes a interceptar los buques sospechosos de transportar ilegalmente emigrantes<sup>639</sup>.

El concepto de tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina se refiere a la entrada en un país burlando los controles establecidos, incurriendo los que la favorecen en una infracción penal, a diferencia del inmigrante que incurre en una falta administrativa. Constituye un supuesto de inmigración clandestina la entrada en España de ciudadanos marroquíes en una patera o llegar a España como turista con la intención de quedarse a trabajar sin tener el correspondiente permiso de trabajo y de residencia (STS 968/2005, de 13 de julio de 2005)<sup>640</sup>.

---

<sup>638</sup> VV.AA. (s.f.). *Trata de personas*. Recuperado el 02 de Noviembre de 2014, de Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito: [www.unodc.org/documents/human.../HT\\_GPATleaflet07\\_es.pdf](http://www.unodc.org/documents/human.../HT_GPATleaflet07_es.pdf) p. 2.

<sup>639</sup> Gallaguer, A. (2001). *Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties*. Recuperado el 02 de Noviembre de 2014, de No trafficking organization. FRM 12: [http://www.no-trafficking.org/content/pdf/trafficking\\_smuggling\\_and\\_human\\_rights\\_tricks\\_and\\_treaties.pdf](http://www.no-trafficking.org/content/pdf/trafficking_smuggling_and_human_rights_tricks_and_treaties.pdf).

p. 27. Smuggling of Migrants is: “[...] the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident”. Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the UN Convention against Transnational Organized Crime, Article 3(a).

<sup>640</sup> Mayordomo Rodrigo, V. (2011). *Nueva Regulación de la Trata, el Tráfico Ilegal y la Inmigración Clandestina de Personas*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, pp. 325-390.

p. 327. Fiscalía General del Estado, *Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería*, [...] quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas, con



### C. Diferencias entre la trata de personas y el tráfico ilegal de migrantes

En el delito de trata de personas “prevalece la protección de la libertad y la dignidad de los sujetos pasivos que la sufren”. En cambio, en el de tráfico ilegal de migrantes, el afectado acepta su condición de migrante en situación irregular, por lo que “predomina la defensa de los intereses del Estado a controlar los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras”. El sujeto activo en este delito es el traficante que facilita la inmigración clandestina, por lo que el art. 5 del Protocolo prescribe que sea perseguido penalmente cuando esté integrado en organización estructurada cuya finalidad es el lucro exclusivamente, o cuando haya actuado con falsedad documental para facilitar la inmigración ilegal o la permanencia en el país de destino por esos medios<sup>641</sup>.

Diferencia en virtud del consentimiento. El tráfico de migrantes suele realizarse en condiciones peligrosas o degradantes para los migrantes que consienten en él. En cambio, las víctimas de la trata de personas no han consentido o, si lo hicieron inicialmente, el consentimiento está viciado por la coacción, el engaño o el abuso del tratante.

Diferencia en función de la duración. El tráfico ilícito de migrantes termina cuando el migrante llega a su destino. En el caso de la trata de personas persiste la explotación de la víctima en el destino, de modo que genere ganancias ilegales para el tratante. Además, las víctimas de la trata suelen ser más gravemente afectadas y necesitan de mayor protección frente a una nueva victimización u otras formas de abuso que los migrantes clandestinos<sup>642</sup>.

---

conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que resultan así burlados, incurre en ilícito penal; sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

<sup>641</sup> Tribunal Supremo. (s.f.). *Síntesis de la Jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo sobre la trata de seres humanos y de la inmigración ilegal*. Recuperado el 05 de Noviembre de 2014, de Inmigración clandestina Unión Europea: <http://www.inmigracionclandestina.eu/wp-content/uploads/2010/11/Síntesis-de-la-Jurisprudencia-de-la-Sala-2ª-del-Tribunal-Supremo-sobre-trata-de-seres>. p. 2.

<sup>642</sup> VV.AA. (s.f.). *Trata de personas*. Recuperado el 02 de Noviembre de 2014, de Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito: [www.unodc.org/documents/human.../HT\\_GPATleaflet07\\_es.pdf](http://www.unodc.org/documents/human.../HT_GPATleaflet07_es.pdf) p. 4.



La confusión que pueden presentar los conceptos de trata de personas y del tráfico ilegal de emigrantes, así como la superposición que se puede dar de los dos fenómenos, se muestra especialmente cuando el individuo que comienza siendo un emigrante voluntario en busca mejores oportunidades en otro país, termina convirtiéndose en víctima de trata al llegar al país de destino. El emigrante del día de hoy puede convertirse en víctima de trata al día siguiente<sup>643</sup>.

### III. MEDIDAS CONTRA LA TRATA Y EL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS

La trata de menores es un problema global con mayor incidencia en ciertas regiones como el África Occidental, Sur de Asia (India y Nepal), Asia Central y Sudeste, Este de Europa, Rusia, la Commonwealth y Latinoamérica (Colombia y México). La mayoría de los menores sufren la trata para realizar trabajo barato y controlado, también para ser adoptados o explotados sexualmente, para matrimonios convenidos, y para extracción de sus órganos. En África Subsahariana muchos menores son víctimas de la trata al quedar huérfanos por la muerte de sus padres a causa del SIDA. Las niñas, en particular, están en grave riesgo de raptó, servir como esclavas sexuales y otras formas de abuso. A estos menores se les ha robado su niñez y están inevitablemente expuestos a graves traumas psicológicos y sufrimiento físico<sup>644</sup>.

No parece que sea tarea fácil erradicar estas abominables prácticas en función de su magnitud y extensión de la tragedia. Los datos que proporciona la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito estiman que hay, como mínimo, dos millones y medio de víctimas de trata de personas en el mundo en un momento dado. Según la Organización Internacional del Trabajo el 79 % del

---

<sup>643</sup> Christensen, T. M. (2011). *Informe de investigación No. 206 Trata con fines de explotación sexual: Protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo*. Ginebra: ACNUR. Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas. p. 5.

<sup>644</sup> Okpaku, S. O. (2014). *Essentials of Global Mental Health*. New York: Cambridge University Press. p. 207.

total de la trata de personas tiene finalidad de explotación sexual y, de este porcentaje, el 98% son mujeres y niñas<sup>645</sup>.

## 1. Medidas contra la trata en el ámbito internacional

En el ámbito internacional, tras la Convención de las UN contra la Delincuencia Transnacional Organizada, Palermo 2000, se definen y diferencian dos tipos de conductas delictivas directamente vinculadas con el fenómeno de los flujos migratorios ilícitos: la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. Los estados partes que suscriban estos instrumentos jurídicos internacionales tienen la obligación de tipificar como delito en su derecho interno, las conductas enunciadas en los arts. 3 y 6 de los Protocolos respectivos, “al menos cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen participación de grupo delictivo organizado”, según los arts. 4 de ambos protocolos<sup>646</sup>.

Son numerosas las medidas adoptadas en el ámbito de las Naciones Unidas para combatir y prevenir la trata de seres humanos, como las adoptadas por el Alto Representante de las Naciones Unidas para los refugiados, y las misiones del Enviado Especial sobre la trata y tráfico de migrantes, en especial mujeres y niños<sup>647</sup>.

Son los estados los que tienen la responsabilidad primera de prevenir y combatir la trata de personas pues, a pesar de las obligaciones impuestas por

---

<sup>645</sup> Christensen, T. M. (2011). *Informe de investigación No. 206 Trata con fines de explotación sexual: Protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo*. Ginebra: ACNUR. Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas. p. 1.

<sup>646</sup> VV.AA. (s.f.). *La trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Síntesis de la jurisprudencia Sala 2ª del Tribunal Supremo*. Recuperado el 05 de Noviembre de 2014, de Migrar con derechos: [http://www.migrarconderechos.es/bibliografia/Jurisprudencia\\_TS\\_penal](http://www.migrarconderechos.es/bibliografia/Jurisprudencia_TS_penal)

p. 1. En Palermo se aprueban los Protocolos complementarios: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (PTP), y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (PTIM).

<sup>647</sup> Weissbrodt, D. S. (2008). *The Human Rights of Non-citizens*. New York : Oxford University Press.

p. 212. Measures to combat and prevent trafficking: 1999 ACNUR. Trafficking Programme to integrate human rights into anti-trafficking initiatives; 1999 UNODC and UNICRI launched the Global Programme Against Trafficking in Human Beings. 2004 UN Commission on Human Rights created a new Special Rapporteur on trafficking persons, especially woman and children. State measures.

los protocolos y por las múltiples medidas adoptadas por las Naciones Unidas para prevenir el tráfico de personas en los tratados y convenios internacionales, generalmente, los gobiernos no han sido eficaces para detener esta abominable lacra. Sin embargo, se han desarrollado con cierto éxito iniciativas legislativas y de otro tipo para prevenir el tráfico de personas en Suecia y en Estados Unidos, con la pretensión de castigar a los traficantes y no a sus víctimas<sup>648</sup>.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 establece diversas medidas contra la venta o trata de menores, la sustracción de menores en el extranjero, su protección de todas las formas de explotación y la reintegración de todo menor víctima de abandono, explotación, abuso, tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes o de los conflictos armados<sup>649</sup>.

## **2. El Consejo de Europa contra la trata y tráfico ilegal de personas**

Uno de los instrumentos jurídicos internacionales más importantes para combatir la trata de personas es el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, acordado en Varsovia el 16 de mayo de 2005 por los estados miembros del Consejo de Europa y el resto de los estados firmantes. España ratifica el Convenio el 23 de febrero de 2009. A él pueden adherirse los países del mundo que lo deseen. Establece un mecanismo de seguimiento para verificar su cumplimiento por parte de los estados miembros. Su finalidad es proteger los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, y se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacional o transnacional, estén relacionadas o no con la delincuencia organizada<sup>650</sup>.

---

<sup>648</sup> Ibídem. p. 212. Suiza 1999, desarrollo de legislación imponiendo severas sanciones contra burdeles, emprendedores de actividades sexuales y clientes. p. 213. En Estados Unidos, el Congreso aprobó la Ley de Protección de las Víctimas de Trata de Personas (Trafficking Victims Protection Act), por la que se provee a las víctimas de la trata los mismos servicios dispuestos para los refugiados.

<sup>649</sup> VV.AA. (2012). *Anexo al Informe del Defensor del Pueblo La trata de seres humanos en España: Víctimas Invisibles*. Madrid: Defensor del Pueblo. p.8.

<sup>650</sup> VV.AA. (2005). *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. Council of Europe. Recuperado el 26 de Marzo de 2015, de ACCEM: [www.accem.es/ficheros/.../pdf\\_trata/Convenio\\_Consejo\\_de\\_Europa.pdf](http://www.accem.es/ficheros/.../pdf_trata/Convenio_Consejo_de_Europa.pdf)

pp. 1-4 Objetivos del Convenio:

Es víctima de la trata toda “persona que ha sido contratada, transportada, trasladada, alojada o acogida dentro de un país o tras el cruce de fronteras, recurriendo a la amenaza, fuerza, fraude, engaño o cualquier medio ilegal, y con fines de explotación”. En el caso de un niño, se considera que es “víctima de la trata con independencia de los medios a los que se haya recurrido para su captación, transporte, traslado o acogida con fines de explotación”<sup>651</sup>.

La identificación de las víctimas se debe verificar mediante procedimientos formales establecidos y realizarse por profesionales para evitar que sean tratadas como inmigrantes irregulares o delincuentes. Antes de la identificación tienen derecho a un mínimo de 30 días para recuperarse, librarse de la influencia de los traficantes y reflexionar sobre la posibilidad de cooperar con las autoridades para delatar a los autores de la trata. En este período no serán objeto de expulsión y tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita, aunque se encuentren en situación administrativa irregular, y serán informadas de sus derechos en un idioma que puedan comprender. Se les puede expedir un permiso de residencia renovable, si lo requiere su situación personal o las necesidades de la investigación, para esclarecer el delito sufrido<sup>652</sup>.

---

Prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres

Proteger los derechos de la persona de las víctimas de la trata, crear un marco completo de protección y de asistencia a las víctimas y los testigos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres, así como garantizar una investigación y unas acciones judiciales eficaces

Promover la cooperación internacional en el campo de la lucha contra la trata de seres humanos

Mecanismo de seguimiento: Todos los países signatarios del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos son evaluados periódicamente por el GRETA (Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de seres Humanos del Consejo de Europa) cuya función es cerciorarse de que las disposiciones del Convenio se apliquen eficazmente y de que se respeten los derechos de las víctimas.

<sup>651</sup> VV.AA. (2013). *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Derechos de las víctimas*. Recuperado el 26 de Marzo de 2015, de Consejo de Europa: [www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Leaflets/.../ESP\\_victims.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Leaflets/.../ESP_victims.pdf) . p.4.

<sup>652</sup> VV.AA. (2013). *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Derechos de las víctimas*. Recuperado el 26 de Marzo de 2015, de Consejo de Europa: [www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Leaflets/.../ESP\\_victims.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Leaflets/.../ESP_victims.pdf)

pp. 5-7. Además de los derechos arriba mencionados, que se aplican a todas las víctimas de la trata, los niños tendrán los siguientes derechos especiales a:

Un tutor legal que les represente

El TEDH examina el fenómeno de la trata de seres humanos, tal como lo define el art. 3.a del Protocolo de Palermo y el art. 4.a de la Convención sobre la lucha contra la trata de los seres humanos, al amparo de lo dispuesto en el art. 4 del CEDH que prohíbe la esclavitud y los trabajos forzados. Así lo hace en la STEDH de 7 de enero de 2010, caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*, en la que el Tribunal concluye que se había vulnerado dicha disposición del Convenio. También en las SSTEDH: *Siliadin c. Francia*, nº 73316/01, CEDH 2005-VII; C.N. y V. c. Francia, nº67724/09, 11 de octubre de 2012; y C.N. c. Reino Unido, nº 4239/08, 13 de noviembre de 2012, todas ellas sobre la llamada “esclavitud del siglo XXI” en las que el Tribunal desarrolla obligaciones positivas a realizar por los estados en el marco del art. 4 CEDH<sup>653</sup>.

### 3. Políticas de la UE contra la trata de personas y la inmigración ilegal

La trata de seres humanos constituye una violación de los derechos fundamentales de la persona. Para proteger a las personas, en especial a los grupos más vulnerables como las mujeres y los niños, la Unión Europea ha dedicado su atención a estos grupos y a combatir el fenómeno mediante la

---

Medidas para establecer la identidad y nacionalidad de los niños y, si ello redunde en su interés superior, para localizar a sus familias

Medidas especiales de protección hasta que se verifique su edad

La educación y a medidas de asistencia que tengan en cuenta sus necesidades

Que se realice una evaluación de riesgos y de su seguridad

Asegurar que la repatriación sólo tendrá lugar si redunde en el interés superior del niño

Beneficiarse de medidas especiales de protección durante la investigación y los procesos judiciales

<sup>653</sup> Morte, C. (12 de Diciembre de 2013). *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Convención del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. Recuperado el 27 de Marzo de 2015, de Sin Refugio: [www.sinrefugio.org/ipo/wp-content/uploads/.../Carmen-Morte-TEDH.pdf](http://www.sinrefugio.org/ipo/wp-content/uploads/.../Carmen-Morte-TEDH.pdf) p.1.

El caso *Rantsev c. Chipre y Rusia* trata de la muerte, en circunstancias no claras, de una mujer rusa de 20 años, que fue contratada en Chipre como artista de cabaret. En ella el Tribunal:

a) Considera por primera vez que el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual constituye una nueva forma de esclavitud que se incluye en el ámbito de aplicación del art. 4 del CEDH

b) Establece la obligación positiva de los Estados de proteger a las víctimas, reales o potenciales, de trata de seres humanos y explotación, introduciendo las medidas legislativas y administrativas necesarias y, la adopción de medidas de protección

c) Establece la obligación procesal de investigar los hechos, por parte del Estado de origen de destino o de tránsito

cooperación y coordinación de las autoridades policiales y judiciales de los estados miembros. Las políticas de la Unión han establecido disposiciones comunes para incriminar a los responsables y proteger a las víctimas mediante instrumentos que definen sus objetivos y prioridades dentro del amplio marco de protección contra la violencia, el turismo sexual y la pornografía infantil<sup>654</sup>.

La migración, la trata de personas y el tráfico ilegal migrantes son cuestiones distintas; sin embargo, se encuentran interrelacionadas. La migración puede realizarse sirviéndose de medios regulares o irregulares. Si el método de migración es irregular, la persona que migra puede recibir la ayuda de un traficante que le facilitará el acceso ilícito al país de destino a cambio de una cantidad de dinero, normalmente exorbitante, y que se verá expuesto a peligros de diversa gravedad durante el viaje pero, una vez allí, el migrante queda libre del control del traficante<sup>655</sup>.

La trata de personas es fundamentalmente distinta del tráfico ilegal de migrantes. Se entiende por trata de seres humanos el traslado de personas con fin de explotación laboral o sexual, recurriendo a la amenaza, al uso de la fuerza, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, para obtener beneficios de la persona explotada. Esta tipificación incluirá, como mínimo, la prostitución ajena, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos<sup>656</sup>. Los auténticos problemas para las víctimas de la trata comienzan al llegar al país de destino y comprobar que han sido defraudados y que se ven obligados a trabajar en condiciones distintas a las convenidas.

No es mera coincidencia que el auge de la trata haya tenido lugar en los períodos de bonanza económica en los que la demanda de trabajadores

---

<sup>654</sup> Unión Europea. (s.f.). *Lucha contra la trata de seres humanos*. Recuperado el 27 de Marzo de 2015, de Síntesis de la legislación de la UE: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/fight\\_against\\_trafficking\\_in\\_human\\_beings/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_trafficking_in_human_beings/index_es.htm)

<sup>655</sup> Kaye, M. (Noviembre de 2003). *El vínculo entre la migración y la trata*. Recuperado el 08 de Noviembre de 2014, de Anti-Slavery International 2003: [http://www.antislavery.org/includes/documents/cm\\_docs/2009/s/spanish\\_nexus\\_full.pdf](http://www.antislavery.org/includes/documents/cm_docs/2009/s/spanish_nexus_full.pdf) p.4.

<sup>656</sup> Christensen, T. M. (2011). *Informe de investigación No. 206 Trata con fines de explotación sexual: Protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo*. Ginebra: ACNUR. Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas. p. 5.



migrantes ha aumentado y que, para resolver la carencia de mano de obra, no se hayan establecido los cauces convenientes para la contratación legal de trabajadores migrantes. Muchos emigrantes que buscan empleo en el extranjero como medio de subsistencia más que como ocasión de mejorar su nivel de vida, los aboca a valerse de traficantes para conseguir su objetivo<sup>657</sup>.

Ante esta situación, Europa debe afrontar el fenómeno de la inmigración que “plantea retos y desafíos de envergadura a la Unión Europea”. El problema es realmente complejo porque implica diversos factores que pueden contraponerse como: el control de las fronteras exteriores de la Unión, la libertad de movimiento de los trabajadores extranjeros, la protección de sus derechos, y su integración<sup>658</sup>.

Partiendo de que es una realidad la existencia de flujos migratorios hacia la UE, la criminalidad ligada al fenómeno migratorio ha experimentado un incremento considerable por la existencia de redes de tráfico ilegal de personas, el surgimiento de otras nuevas, o la mutación de las tradicionales dedicadas al tráfico de drogas, armas y otras. Esta situación plantea nuevos retos políticos y sociales por la afluencia masiva de inmigrantes, y por la necesidad de proteger los derechos fundamentales de los extranjeros víctimas de la trata de personas y del tráfico ilegal de migrantes<sup>659</sup>.

En el contexto actual de las migraciones globales, los países de la UE representan una atracción irresistible para las corrientes migratorias que, en

---

<sup>657</sup> Kaye, M. (Noviembre de 2003). *El vínculo entre la migración y la trata*. Recuperado el 08 de Noviembre de 2014, de Anti-Slavery International 2003: [http://www.antislavery.org/includes/documents/cm\\_docs/2009/s/spanish\\_nexus\\_full.pdf](http://www.antislavery.org/includes/documents/cm_docs/2009/s/spanish_nexus_full.pdf) p. 4

<sup>658</sup> Díaz Barrado, C. M. (2014). *La Unión Europea ante el reto de una política común en materia de inmigración*. Recuperado el 06 de Noviembre de 2014, de Parlamento Europeo : [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_5.12.3.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.12.3.pdf)

p. 1. Como lo ha señalado M. L. Espada: “Desde luego, el problema es política y materialmente complejo porque se implican ámbitos legales tradicionalmente reservados a la competencia interna, como es el trato de los extranjeros y las exigencias de integración que impone el mercado interior. Todo ello se ha complicado aún más por las soluciones coyunturales que se han ido arbitrando, nada acertadas para la naturaleza del problema. Exponente de ello son la crisis del modelo de protección europeo de la persona, el aumento de retenidos en puestos fronterizos, las expulsiones forzosas y paralelamente las reacciones de rechazo, xenofobia y racismo que han crecido como frutos de mensajes temerosos y de alerta a la opinión pública” (M. L. Espada Ramos, Asila e Inmigración en la Unión Europea *Revista de estudios políticos*, nº. 86, 1994)

<sup>659</sup> Pérez Ferrer, F. (2006). *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Madrid: Dykinson. p. 20.

opinión de algunos, no se corresponde con los flujos tradicionales sino que presenta una imagen distorsionada del mundo desarrollado como “el paraíso en el que se puede prosperar y al que merece la pena llegar al precio que sea”<sup>660</sup>.

La UE se encuentra en esta encrucijada con los retos de controlar los flujos migratorios, proteger los derechos de los inmigrantes, y librarse de las lacras de la trata de personas y del tráfico ilegal de migrantes. Analizaremos los instrumentos y mecanismos que la Unión se ha ido dotando para resolverlos: los tratados constitutivos, la CDFUE, las políticas comunes y la armonización de la legislación en materia de extranjería de sus estados miembros.

### **A. La política de inmigración en los tratados constitutivos**

El Tratado de Ámsterdam, 1 de mayo de 1999, introdujo jurídicamente la inmigración y el asilo como políticas comunitarias junto con la cooperación policial y judicial para constituir el espacio de libertad, seguridad y justicia. En el Consejo Europeo de Tampere, 15 de octubre de 1999, los jefes de estado y de gobierno de los estados miembros abogaron por desarrollar una política energética comunitaria que “debía aspirar a garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros y a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión Europea”<sup>661</sup>.

En este Consejo se menciona expresamente la necesidad de elaborar una política común de migración de la UE basada en el control de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal, luchar contra los que se dedican a la trata de seres humanos y a la explotación económica y laboral de los inmigrantes. Se adopta el Acuerdo número 23 cuya premisa básica consiste en erradicar la inmigración ilegal en origen, luchar contra los tratantes de seres humanos y la explotación económica de los inmigrantes<sup>662</sup>.

---

<sup>660</sup> Fonseca Morillo, F. J. (2001). Los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. *Fundació CIDOB. Afers Internacionals*. núm. 53, pp. 77-93. p. 78.

<sup>661</sup> Fonseca Morillo, F. J. (2001). Los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. *Fundació CIDOB. Afers Internacionals*. núm. 53, pp. 77-93. p. 79.

<sup>662</sup> Pérez Ferrer, F. (2006). *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Madrid: Dykinson. p.22.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 17 de junio de 2008 denominada: Una Política Común de Emigración para Europa, establece los principios, medidas e instrumentos para en práctica el Acuerdo, en base a los cuales se formulará la política común europea sobre inmigración. Para conseguir un enfoque coordinado e integrado de la inmigración, estos principios se incorporan a los tres principales ejes de la política de la Unión: prosperidad, solidaridad y seguridad<sup>663</sup>.

Determinar una política europea de inmigración común ha constituido uno de los procesos más relevantes del proceso de integración de los inmigrantes. En septiembre de 2008, los ministros de justicia de la Unión aprobaron el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo en el que se proclama la decisión de los estados miembros de abordar esta materia en profundidad y ofrecer soluciones a los múltiples problemas planteados como consecuencia de los flujos migratorios que Europa recibe<sup>664</sup>.

## **B. La armonización de la política de inmigración. La Directiva de Retorno**

Instrumento comunitario, muy criticado, para armonizar las políticas de inmigración de la Unión es la Directiva de Retorno 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre. Constituye el primer intento para crear un

---

<sup>663</sup> VV.AA. (17 de Junio de 2008). *Una política común de inmigración para Europa*. Recuperado el 06 de Octubre de 2014, de Europa. Legislación: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/free\\_movement\\_of\\_persons\\_a\\_sylum\\_immigration/jl0001\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_a_sylum_immigration/jl0001_es.htm)

p. 15. En materia de seguridad se pretende: combatir eficazmente la inmigración ilegal, se propone una política de visados que responda a los intereses de Europa y de sus socios; la gestión integrada de fronteras esencial para la proteger la integridad del espacio Schengen, mejorar la gestión de las fronteras exteriores y desarrollar políticas de control fronterizo; la lucha contra la inmigración ilegal y tolerancia nula para la trata de seres humanos; establecer medidas contra el trabajo no declarado y el empleo ilegal para proteger a las víctimas de trata de personas.

<sup>664</sup> Díaz Barrado, C. M. (2014). *La Unión Europea ante el reto de una política común en materia de inmigración*. Recuperado el 06 de Noviembre de 2014, de Parlamento Europeo : [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_5.12.3.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.12.3.pdf). p. 1

En declaraciones a la Agencia de Noticias EFE, el Ministro de Trabajo e inmigración español dijo que, lo que se pretende es el “control de los flujos migratorios, la cooperación y colaboración con los países de origen y, finalmente, la integración en el desarrollo de nuestras sociedades”. Por su parte el Ministro de Inmigración francés, manifestó que “El Pacto es un recordatorio de un cierto número de principios: organiza la inmigración legal, desorganiza la inmigración ilegal y vuelve a Europa más protectora de cara a aquellos que no son protegidos en sus países”

modelo de medida y procedimiento europeo de alejamiento, el retorno, con el fin de asegurar un funcionamiento mínimo común de las medidas de alejamiento europeas en los procedimientos de estancia irregular con la intención de informar la regulación del resto de supuestos de alejamiento. Esta regulación común permitirá homologar las medidas de alejamiento adoptadas por los estados miembros, sin necesidad de reconocimiento mutuo. Moya duda de la eficacia de la medida para producir resultados tangibles en la lucha contra la inmigración irregular<sup>665</sup>.

Los tribunales nacionales han formulado, sobre esta Directiva, varias cuestiones prejudiciales al TJUE. En el Asunto C-357/09 PPU, la petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del art. 15, apartados 4 a 6; en el Asunto C-61/2011 se solicitaba al Tribunal la interpretación de los arts. 15 y 16<sup>666</sup>; y en el asunto C-329/2011 la del art. 8, apartados 1 y 4<sup>667</sup>. El Tribunal resuelve que los arts. 15 y 16 de la Directiva reúnen las condiciones exigidas por la jurisprudencia en el sentido de que no “requieren de otros complementos específicos para hacer posible su aplicación” por los estados

---

<sup>665</sup> Moya Malapeira, D. (Diciembre de 2008). La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros. *REDCE*, pp. 101-164.

p. 160. “cabe albergar algunas dudas sobre si dicha armonización traerá consigo una mayor eficacia en la lucha contra la inmigración irregular, objetivo último y principal razón de ser de la Directiva. [...] Los auténticos problemas son, fundamentalmente, la disponibilidad de medios económicos y humanos para proceder a la ejecución forzosa o policial, la colaboración de terceros Estados en la readmisión de sus nacionales o la dificultad para determinar la procedencia de un extranjero, lo cual a su vez alarga los procedimientos administrativos de retorno favoreciendo la integración del extranjero en la sociedad de acogida o incluso su desaparición. A estos efectos, incluso si la tasa de ejecución de las mismas es tan baja como se ha apuntado (35%), es discutible que la Directiva de Retorno por sí sola eleve esa tasa [...]”

<sup>666</sup> **Artículo 15. Internamiento.** 1. Salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión [...]

**Artículo 16. Condiciones del internamiento** 1. Como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios. [...]

<sup>667</sup> **Artículo 8. Expulsión.** 1. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, apartado 4, o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7. [...]

miembros. En consecuencia los particulares podrán invocarlas frente al Estado, en especial, “cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado o cuando haya procedido a una adaptación incorrecta”<sup>668</sup>.

La Directiva, art. 3, otorga trato especial a los menores y a los MENAS como personas vulnerables. Dispone que los estados miembros tendrán en cuenta el interés superior del menor nacional de tercer país, y respetarán el principio de no devolución, art. 5 Directiva. También, que antes de dictar una decisión de retorno sobre MENAS se les concederá la asistencia de los servicios pertinentes, distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno y que tendrán en cuenta el interés superior del menor, art. 10.1 Directiva. Por último, que antes de expulsar a un MENA del territorio de un estado miembro, “se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno”, art. 10.2 Directiva.

El régimen de detención de los menores y sus familias queda establecido en el art 17 de la Directiva, dedicando especial atención a los MENAS en sus apartados 4 y 5. En opinión de Moya, al incluir a los menores en la Directiva los somete al régimen de la misma y por lo tanto pueden ser expulsados<sup>669</sup>.

#### a. Efectividad de la Directiva de Retorno 2008/115/CE

La STJUE de 28 de abril de 2011, asunto *El Dridi* C-61/11 indica por una parte, la efectividad de la Directiva de Retorno para armonizar las políticas de

---

<sup>668</sup> VV.AA. (Abril de 2012). *Centros de Internamiento de Extranjeros en España: régimen vigente y propuestas de futuro*. Recuperado el 11 de Noviembre de 2014, de Consejo General de la Abogacía Española: [http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/04/informe\\_cies.pdf](http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/04/informe_cies.pdf) pp. 14-19.

<sup>669</sup> Moya Malapeira, D. (Diciembre de 2008). La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros. *REDCE*, pp. 101-164.

p. 148. “No obstante, es importante señalar que al incluirlos en esta Directiva se somete al régimen de la misma a estos menores, de lo que se deduce que los mismos puedan ser expulsados, en lo que constituye una primera desviación del régimen aplicable en España que impone una medida de alejamiento especial, la repatriación del art. 35 LO 4/2000, que por razón de su especialidad excluye la aplicación de otras medidas de alejamiento como la devolución o la expulsión que conllevan una prohibición de entrada”.



los estados miembros de la Unión en materia de inmigración, por otra, señala que las medidas adoptadas por los estados no deben desvirtuar uno de los objetivos de la Directiva que es el de combatir la inmigración ilegal. En el asunto actual las penas de prisión impuestas a un inmigrante en situación irregular por la comisión de delitos no deben interferir la ejecución de la medida de retorno que se le ha impuesto.

*Hassen El Dridi* es nacional de un tercer Estado que había entrado ilegalmente en Italia, donde residía de manera irregular en el momento de ser condenado en 2004 a cumplir una larga pena de prisión por varios delitos en materia de estupefacientes. Inmediatamente tras su excarcelación la autoridad administrativa italiana (el *Questore de Udine*) dicta, en mayo de 2010, una orden de expulsión en su contra, en ejecución de un previo decreto de expulsión que el *Prefetto di Torino* había adoptado en mayo de 2004. El Tribunal señala que la pena de privación de libertad que se pueda imponer al inmigrante en situación administrativa irregular no debe impedir, ni siquiera temporalmente, el objetivo de la Directiva que es el retorno del inmigrante que entró de modo irregular<sup>670</sup>.

#### b. Normativa común de la UE sobre el derecho de asilo

La nueva Directiva 2013/32/UE de 26 de junio es una refundición de los procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección

---

<sup>670</sup> González Saquero, P. (2011). La Directiva "retorno" y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros (Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11). *Universidad Complutense. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional*, pp. 1-18.

pp. 5-10. El razonamiento del Abogado General, parte de la propia naturaleza que, según el gobierno italiano, tiene la pena de prisión, la cual "representa una sanción impuesta por la infracción de una orden de la autoridad pública, lo que constituye una vulneración grave del orden público" y, por tanto, "esa pena *no es una medida coercitiva destinada a ejecutar la decisión de retorno ni un internamiento ex art. 15.1 de la Directiva*, sino una reacción represiva del ordenamiento jurídico contra una vulneración de una orden de la autoridad". Esa pena, concluirá el Tribunal, "puede perjudicar a la realización del objetivo pretendido por dicha Directiva, a saber, la instauración de una política eficaz de expulsión y de repatriación de los nacionales de terceros países en situación irregular" debido a que "impide objetivamente, aunque sólo sea de forma temporal, la ejecución de esa decisión de retorno".

Sólo en un momento posterior, "*en el supuesto de que tales medidas no hayan permitido lograr el resultado perseguido*, a saber la expulsión del nacional de un tercer país contra el que se han dictado, los Estados miembros tienen la facultad de *adoptar medidas, incluso de carácter penal*, que permitan en particular *disuadir a esos nacionales de permanecer ilegalmente en el territorio de esos Estados*".



internacional. En aras de una mayor claridad, realiza modificaciones sustantivas en la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. La Directiva pretende conseguir un trato justo y equitativo en el tratamiento de su solicitud de asilo, con independencia del país en que presenten su solicitud de asilo<sup>671</sup>.

El objetivo principal de la Directiva 2013/32/UE es desarrollar nuevas formas en los procedimientos de los estados de la Unión para conceder o retirar la protección internacional, con vistas a establecer un procedimiento común de asilo en la Comunidad, conforme a la Directiva 2011/95/UE. La nueva Directiva especifica que los MENAS sólo podrán ser detenidos en circunstancias excepcionales y en ningún caso en una prisión<sup>672</sup>.

La UE ha trabajado, desde 1999, en la creación de un sistema Europeo Común de Asilo (SECA) y en la mejora del marco legislativo vigente, para aplicar un enfoque común a la política de asilo en toda la Unión. Se concede asilo a toda persona que huye de la persecución o de la amenaza de sufrir daños graves. “El asilo es un derecho fundamental, y su concesión, una obligación internacional con arreglo a la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”. La UE acuerda, por fin, un nuevo paquete legislativo que “fija un conjunto de rigurosas normas comunes y refuerza los procedimientos de cooperación para garantizar a los solicitantes de asilo igualdad de trato en un sistema justo y transparente, con independencia del lugar en que presenten su solicitud”<sup>673</sup>.

---

<sup>671</sup> Claro Quintáns, I. (2013). *La Normativa y las Políticas de la Unión Europea sobre Inmigración y Asilo*. Revista CIDOB d'Afers Internacionals, pp. 231-250. p. 244.

<sup>672</sup> Ortega Giménez, A. (Diciembre de 2013). Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional. *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, diciembre 2013, pp. 151-226. p. 193-194.

<sup>673</sup> Comisión Europea. Asuntos de Interior. (2014). *Un Sistema Europeo Común de Asilo*. Recuperado el 11 de Noviembre de 2014, de Comisión Europea: [ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/.../ceas\\_factsheet\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/.../ceas_factsheet_es.pdf).

p. 3. Esta Directiva trata de dar adecuada solución a los solicitantes de asilo, cuyo número ha oscilado entre un máximo de 425.000 en el año 2001 y algo menos de 200.000 en 2006. El año 2012 fueron más de 330.000 las solicitudes registradas.

Ni en la Directiva 2011/95/UE de 13 de diciembre ni en la Directiva 2013/32/UE se indica cuáles son las personas vulnerables. En cambio, en la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio, que aprueba las normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, establece qué víctimas de la trata son las personas vulnerables, entre las que se encuentran los menores y los menores no acompañados<sup>674</sup>.

La Directiva 2013/33/UE establece, en su art. 23, disposiciones específicas para los menores y menores no acompañados solicitantes de protección internacional. Los estados deberán tener en cuenta el interés superior del menor como consideración básica para aplicar sus disposiciones y, además, las posibilidades de reagrupación familiar; el bienestar y desarrollo social, la seguridad y la protección del menor y la opinión del menor<sup>675</sup>.

Como conclusión al complejo y controvertido problema que plantea la protección de los derechos de los migrantes y el control de los flujos migratorios cabe señalar que las migraciones han existido desde siempre y continuarán existiendo. Sin embargo, son los migrantes supervivientes, incluidos los solicitantes de asilo, los que con más probabilidad sufrirán la trata de personas o el tráfico ilegal de migrantes porque tienen menor elección. La falta de seguridad humana, las grandes desigualdades dentro de cada país y entre países son todavía las principales razones por las que la gente adopta peligrosas decisiones migratorias. Mientras no se hagan auténticos esfuerzos

---

<sup>674</sup> Mari Bachero, S. (s.f.). *La Trata de Personas y el Derecho de Asilo: ¿Pueden las víctimas de trata ser consideradas como refugiadas según el Derecho Internacional, Europeo y Español vigente en la actualidad?* Recuperado el 28 de Marzo de 2015, de Dipòsit Universitat de Barcelona: [diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/.../TFM\\_silvia\\_mari\\_bachero.pdf](http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/.../TFM_silvia_mari_bachero.pdf) p.30.

Catálogo de personas vulnerables:

“En la legislación nacional por la que se apliquen las disposiciones de la presente Directiva, los Estados miembros tendrán en cuenta la situación específica de las personas vulnerables tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores, víctimas de la trata de seres humanos, personas con enfermedades graves, personas con trastornos psíquicos y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, como las víctimas de la mutilación genital femenina”

<sup>675</sup> VV.AA. (Febrero de 2014). *Integrar el "Paquete Asilo" Europeo en Derecho Nacional*. Recuperado el 28 de Marzo de 2015, de Asociación Europea de defensa de los Derechos Humanos: [http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Integrar%20el%20paquete%20asilo%20europeo%20-%20AEDH%20-%20junio%202014\\_ES.pdf](http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Integrar%20el%20paquete%20asilo%20europeo%20-%20AEDH%20-%20junio%202014_ES.pdf) p. 12

para afrontar las causas de las migraciones forzosas, la comunidad internacional seguirá sin acertar a desarrollar soluciones efectivas creíbles<sup>676</sup>.

#### **4. Medidas de España contra la trata y tráfico ilegal de personas**

En España se han adoptado medidas legislativas para la protección de las víctimas de la trata y tráfico de personas, la justicia sanciona a los traficantes, y se han tenido en cuenta las recomendaciones del Defensor del Pueblo para prevenir esta nueva forma de esclavitud.

##### **A. Medidas legislativas**

España ha adaptado su normativa interna a las obligaciones derivadas de las disposiciones internacionales sobre la trata y el tráfico ilícito de personas. Este proceso se inicia en el ámbito penal con la LO 11/1999, de 30 de abril, y termina con la LO 5/2010, de 22 de junio, que reforma el Código Penal<sup>677</sup>.

La LO 5/2010, de 22 de junio, modifica el Código Penal al introducir un nuevo artículo, el 177 bis, que tipifica de manera independiente el delito de trata de seres humanos del delito de tráfico ilegal de personas, tal y como se reclamaba reiteradamente desde diversas instancias<sup>678</sup>.

<sup>676</sup> Gallaguer, A. (2001). *Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties*. Recuperado el 02 de Noviembre de 2014, de No trafficking organization. FRM 12: [http://www.no-trafficking.org/content/pdf/trafficking\\_smuggling\\_and\\_human\\_rights\\_tricks\\_and\\_treaties.pdf](http://www.no-trafficking.org/content/pdf/trafficking_smuggling_and_human_rights_tricks_and_treaties.pdf) p. 28.

<sup>677</sup> Mayordomo Rodrigo, V. (2011). *Nueva Regulación de la Trata, el Tráfico Ilegal y la Inmigración Clandestina de Personas*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI , pp. 325-390. p. 325.

<sup>678</sup> VV.AA. (2012). *Anexo al Informe del Defensor del Pueblo La trata de seres humanos en España: Víctimas Invisibles*. Madrid: Defensor del Pueblo.

p. 48. Art. 177 bis: 1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cual-quiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía
- c) La extracción de sus órganos corporales

La LO 9/2002 de Sustracción de menores ha añadido al Código Penal el art. 318 bis, que penaliza el tráfico ilegal de personas<sup>679</sup>. El citado artículo incrementa las penas y establece que el tráfico ilegal de personas, sean éstas trabajadores o no, será castigado con prisión de cuatro a ocho años. La pena se agrava, entre otros casos, cuando se ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o cuando la víctima sea un menor o incapaz. Los que actúen prevaliéndose de su condición de autoridad, agente o funcionario público, además de las penas del apartado anterior, sufrirán inhabilitación absoluta de seis a doce años. Sobre los jefes o encargados de organizaciones dedicadas a este tráfico recae un tipo agravado de la pena con la inhabilitación especial, y la posibilidad de aplicarles las consecuencias del art. 129 de la citada LO, así como un tipo atenuado en cuanto a las circunstancias concurrentes<sup>680</sup>.

Nuestra normativa de extranjería dispone la protección de la víctima, perjudicado o testigo de actos de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración

---

<sup>679</sup> VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación.

pp. 82-83: LO 9/2002 art. 318 bis: “1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de 5 a 10 años de prisión.

3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art 129 de este Código Penal.

6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.”

<sup>680</sup> Jaén Vallejo, M. (2004). Las reformas del Código Penal (2002/2003). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* núm. 06.12, pp. 1-13. p. 5.

ilegal, explotación laboral o sexual, cuando se abuse de su situación de necesidad, que podrá quedar exenta de su responsabilidad administrativa y no ser expulsada, si colabora o coopera con las autoridades, denunciado a los autores o testificando contra ellos en el correspondiente proceso, art. 59 de la LOEX 2/2009. El art. 135 y ss del RELOEX 557/2013, regula la residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales por colaborar las víctimas de trata con autoridades administrativas, policiales, no policiales, fiscales o judiciales contra redes organizadas<sup>681</sup>.

La Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, modifica el art. 59 bis 3º de la LOEX 2/2009, disponiendo que: “El período de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida”<sup>682</sup>.

Para que todas las medidas dirigidas a erradicar la trata y el tráfico ilícito de personas y la protección de las víctimas sean efectivas, es necesaria la obligación, que incumbe a todos, de poner en conocimiento de la autoridad la detección de un supuesto de trata, art. 141 RELOEX, y que la investigación se realice por policías especializados.

## **B. Jurisprudencia del TS sobre la trata y tráfico ilegal de personas**

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la materia de trata y tráfico ilegal de persona en las SSTS 1052/2012 y 1029/2012, la primera referente al

---

<sup>681</sup> En el caso de que se determinara que el extranjero víctima de la trata es menor de edad, en todas las actuaciones que dispone el RELOEX para la protección de las víctimas de trata de seres humanos, se velará por preservar el interés superior del menor. La institución pública que tutele al menor, o el Ministerio Fiscal, podrá proponer que sea derivado a recursos específicos de las víctimas de trata, para su protección y asistencia especializada, en los que se garantizará la debida separación entre mayores y menores de edad.

<sup>682</sup> VV.AA. (2012). *Anexo al Informe del Defensor del Pueblo La trata de seres humanos en España: Víctimas Invisibles*. Madrid: Defensor del Pueblo.

p. 47. También ha modificado parcialmente, la LO 10/2011, de 27 de julio, el contenido del artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en sus párrafos 2 y 3, al objeto de perfeccionar la coherencia normativa con el Convenio del Consejo de Europa, de 16 de mayo de 2005, de Lucha Contra la Trata de Seres Humanos, que exige brindar asistencia integral a las víctimas de trata, independientemente de su situación administrativa y de que colaboren o no con las autoridades en la investigación criminal.



tráfico ilegal de personas y la segunda a la trata de personas con objeto de explotación sexual, y señala claramente las diferencias de estas dos actuaciones delictivas que pueden perjudicar el proyecto migratorio del MENA.

#### a. Tráfico ilegal de personas

La STS 1052/2012, de 26 de diciembre, condena a un ciudadano marroquí por un delito contra los derechos de ciudadano extranjero que transportaba a un joven, oculto en el compartimento del motor de una furgoneta, que carecía de documento habilitante para entrar en España.

La sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz, sede en Ceuta, condena al recurrente como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tipificado en el art 318 bis, 1.º y 2.º del Código Penal, con aplicación del párrafo sexto de dicho precepto, a la pena de cinco años de prisión, declarando el comiso del vehículo utilizado para la ejecución del delito.

En el Recurso de Casación, el TS señala que el art. 318 bis de la LO 9/2002 protege los derechos de los extranjeros y es indudable que “protege también el control del Estado sobre los flujos migratorios, interés legítimo que presenta connotaciones supranacionales”. Además “su ubicación sistemática no permite prescindir de la consideración del bien jurídico legalmente destacado que son los derechos de los ciudadanos extranjeros”. El delito incluye, a juicio del Tribunal, “el componente de afectación a los derechos de los extranjeros, aunque se trate exclusivamente del peligro de situar a éstos en una posición de vulnerabilidad derivada de la ausencia de un estatus acorde con la legalidad”. En consecuencia, es un “delito pluriofensivo” que ataca los dos bienes jurídicos, el del Estado y el de los ciudadanos extranjeros, por lo que el Tribunal condena al recurrente<sup>683</sup>.

---

<sup>683</sup> STS 1378/2011, de 14 de diciembre, en la que señalaba que “para que el tráfico sea delictivo debe existir un plus de antijuricidad, que, en todo caso, la conducta cree un peligro abstracto relevante y grave para los derechos de los ciudadanos extranjeros y de su dignidad como seres humanos”.

STS 147/2005 y 569/2006 de 19 de mayo, ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico, de manera que- precisa la STS 1087/2006 de 10 de noviembre, el interés del Estado en el control de los flujos migratorios.



b. Trata de personas con objeto de su explotación sexual

El Tribunal en el caso de la STS 1029/2012, de 21 de diciembre, enjuicia el delito de inmigración ilegal de personas con propósito de su explotación sexual. Se trata de un delito de trata de personas con agravación de la pena por el propósito del tráfico ilegal para la explotación sexual cometido por Esmeralda, mujer nigeriana, que de común acuerdo con dos familiares suyos se propuso introducir en España, al margen de la normativa de inmigración, a otra compatriota nigeriana, la cual fue declarada posteriormente testigo protegido.

El TS señala que no ha quedado acreditado que Esmeralda amenazase a su compatriota “con hacer vudú”; tampoco ha quedado acreditado que Esmeralda hubiera determinado a su compatriota a viajar a España contraviniendo las leyes españolas de inmigración y estima parcialmente el recurso por falta de acreditación de la obligación al ejercicio de la prostitución; ausencia de empleo de violencia, intimidación o engaño, e impone la pena en el límite mínimo de la mitad inferior.

Son diferenciadas por el Tribunal las dos situaciones siguientes: la estancia legal que sobreviene ilegal, y la entrada ilegal. Por una parte, tanto el que favorece el acceso de personas como el que accede en determinadas condiciones, de por sí legales, si con posterioridad a la entrada, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en situación de irregularidad administrativa. Por otra, el que favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas, conociendo que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, cuyos requisitos ha

---

STS 1087/2006 de 10 de noviembre, el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta.

STS 635/2007 de 2 de septiembre, en el art.318 bis 1 "se castiga la promoción y el favorecimiento de tráfico ilegal de personas o su inmigración clandestina, sancionando conductas que, de ordinario, van más allá de la simple infracción de las normas administrativas reguladoras de la estancia de extranjeros en nuestro país, proyectando su eficacia lesiva sobre la propia dignidad de quien, condicionado por su situación de ilegalidad, es expuesto a un más fácil menoscabo de sus derechos fundamentales (STS 1465/2005, de 22 de noviembre, y 1304/2005, de 19 de octubre)".

burlado, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente<sup>684</sup>.

En conclusión, el Tribunal señala la distinción entre las acciones delictivas la trata de personas y el tráfico de personas y, por otra parte, la falta administrativa por entrada ilegal. Declara, finalmente, la legalidad del control de los flujos migratorios por el Estado.

### **C. El Defensor del Pueblo sobre la trata de seres humanos**

La actividad del Defensor del Pueblo, a través de las recomendaciones formuladas en sus informes, ha tenido repercusión en las reformas legislativas referentes a la protección de los extranjeros, en su asistencia jurídica, y en la protección de las víctimas de la trata de personas.

El Informe del Defensor del Pueblo del año 2005 tiene como tema monográfico la asistencia jurídica a los extranjeros en España, dedicando atención especial a la asistencia letrada de los MENAS como derecho general de los menores, que tiene su aplicación en las diversas fases de su proceso de integración<sup>685</sup>.

---

<sup>684</sup> STS 1029/2012. Esmeralda tenía la intención de aprovechar la situación de necesidad de su compatriota, obligándola a prostituirse para pagar la supuesta deuda de 40.000 euros, contraída con ella por el pasaje aéreo y la estancia posterior en España. El hermano de Esmeralda quitó el pasaporte a la compatriota nigeriana hasta que esta no pagase la deuda. Esmeralda mantuvo en la prostitución a su compatriota en establecimientos de las provincias de León y Valladolid. La Audiencia Provincial de Vizcaya, en la que se probaron los hechos señalados en el párrafo primero, dictó sentencia y condena a Esmeralda como autora responsable de un delito de inmigración ilegal.

La sentencia del TS anula parcialmente la de la Audiencia Provincial contra Esmeralda, subsumiendo los hechos probados en el tipo básico del art. 318 bis del CP, e impone “la pena en el límite mínimo de la mitad inferior” y condena a Esmeralda “como autora de un delito de inmigración ilegal, sin circunstancias modificativas a la pena de 4 años de prisión con accesoria inhabilitación especial para el derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena”.

<sup>685</sup> VV.AA. (2005). *Defensor del Pueblo. Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*. Madrid: Defensor del Pueblo.

pp. 319 y ss. Asistencia letrada a menores extranjeros

El menor como sujeto de derechos. Especial referencia al derecho a recibir una asistencia jurídica

Aspectos prácticos más relevantes detectados en relación con la asistencia jurídica a los menores

Asistencia jurídica a menores extranjeros acompañados

Asistencia jurídica a menores extranjeros no acompañados

Como consecuencia de las recomendaciones del mencionado Informe, se ha incluido en el RELOEX 557/2011 la necesidad expresa de que el menor tenga que ser oído en el procedimiento de su repatriación<sup>686</sup>.

En el ámbito administrativo, el Ministerio de Asuntos Exteriores acepta la sugerencia de dotar de visado a dos menores hijos de una mujer víctima de trata<sup>687</sup>.

El Defensor del Pueblo en su informe del de 18 de septiembre de 2012: La trata de seres humanos en España: Víctimas Invisibles<sup>688</sup>, actualizado en octubre de 2013, realiza un análisis de la trata de seres humanos, a la que, siguiendo al TEDH, califica como “nueva forma de esclavitud” desde la perspectiva de derechos humanos y de género. Distingue, en su tipología, el fenómeno de la explotación laboral, de aquellos que tienen por fin la explotación sexual, pone de manifiesto las carencias detectadas en la identificación de las víctimas y aporta posibles soluciones<sup>689</sup>.

La Secretaría de los Estados Unidos sitúa a España, en 2011, entre los países que cumplen plenamente con las normas mínimas de la Ley de Protección de Víctimas de la Trata. En el estudio de la *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA), de julio de 2008, sobre España, destaca entre las buenas prácticas de ese período el informe del Defensor del Pueblo de 2005 y el del Defensor de la Comunidad de Madrid de 2008<sup>690</sup>.

---

Intervención letrada ante la Administración General del Estado

Intervención letrada ante la Administración responsable de los servicios de protección 332

Intervención letrada para la integración del menor en nuestro país 337 8.2.3. Intervención letrada en la determinación de la edad del menor

<sup>686</sup> VV.AA. (s.f.). *Recomendaciones, sugerencias y otras actuaciones ilustrativas*. Recuperado el 26 de Marzo de 2015, de Defensor del Pueblo: <https://www.defensordelpueblo.es/es/Infancia/Defensa/relevantes.html> p.2.

<sup>687</sup> Ibídem. p. 1.

<sup>688</sup> VV.AA. (2012). *Anexo al Informe del Defensor del Pueblo La trata de seres humanos en España: Víctimas Invisibles*. Madrid: Defensor del Pueblo. El Anexo incluye la normativa internacional y nacional sobre la trata de seres humanos.

<sup>689</sup> VV.AA. (2012). *Anexo al Informe del Defensor del Pueblo La trata de seres humanos en España: Víctimas Invisibles*. Madrid: Defensor del Pueblo. p. 3.

<sup>690</sup> Aller Floreancig, T. y. (2012). *Informe Complementario para la Evaluación de la Implementación en España del Convenio del Consejo de Europa Sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos*. Madrid: FAPMI-ECPAT España. p.17.

El Defensor del Pueblo dirige en su Informe veintisiete recomendaciones a varias instancias que han suscitado diversas actuaciones, destacando las siguientes<sup>691</sup>.

---

<sup>691</sup> VV.AA. (2013). *La trata de seres humanos en España: Víctimas invisibles*. Madrid: Defensor del Pueblo.

p. 9 y ss.

Ministerio de Empleo y Seguridad Social: a la Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social y a la Secretaría General de Inmigración y Emigración

Ministerio de Interior: a la Subsecretaría del Interior; a la Secretaría de Estado de Seguridad y a la Dirección General de la Policía

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: a la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad

Autoridades competentes en materia de protección de menores en las comunidades y ciudades autónomas

Fiscalía General del Estado

Avances logrados:

Protocolo de actuación para la detección e intervención ante posibles casos de trata con finalidad de explotación sexual, elaborado por la Secretaría General de Inmigración y Emigración (2012)

Incluir entre los objetivos operativos de las FCSE, con competencias en el control de fronteras, la persecución del delito de trata de personas, prestando especial atención a las víctimas potenciales interceptadas en la frontera aunque no hayan entrado en territorio nacional

Establecer medidas de coordinación entre las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil, así como con las policías autonómicas con competencias en la investigación de delitos de trata de personas, con objeto de subsanar las deficiencias detectadas en los casos de víctimas de trata de personas nacionales de terceros países, en situación irregular

Impulsar la coordinación de los organismos del Estado y comunidades autónomas, para elaborar un protocolo nacional para la detección y atención de menores víctimas de la trata de personas. Establecer, además, un procedimiento ágil y seguro que permita el traslado del menor al recurso nacional que mejor se adapte a sus necesidades

## CUARTA PARTE. PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS MENAS

### I. MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS MENAS

El objeto de esta Cuarta Parte es analizar cómo está construida la defensa y protección integral de los derechos fundamentales del menor extranjero que se encuentra en territorio español, sin la custodia de un familiar adulto responsable de su cuidado. El menor está amparado por un estamento jurídico único determinado por la normativa nacional e internacional de protección del menor de edad. El estatuto protege a todos los menores con independencia de su nacionalidad y de la situación administrativa en que se encuentre en España<sup>692</sup>.

Como señala Botín, “Si hay un grupo vulnerable y que necesita de protección jurídica, una unificación de normativas y la implicación de profesionales adecuadamente formados, es el de los menores inmigrantes no acompañados”<sup>693</sup>. En el MENA se manifiesta una triple situación de necesidad determinada por su condición de extranjero, por ser menor, y por encontrarse desamparado, siendo por tanto objeto de protección. Esta situación no debería ser obstáculo para que pueda salir del desamparo en que se encuentra y ser ayudado a integrarse en la sociedad.

El sistema de protección de los MENAS en España está dirigido a proporcionarles una formación integral a través de su educación, formación escolar y laboral, asistencia social y sanitaria, siguiendo los principios y objetivos de un plan establecido con finalidad determinada. La coordinación de las actuaciones, su supervisión y la protección jurídica del MENA son factores que deben estar presentes en todos los ámbitos de su ejecución.

La integración de un conjunto de sumandos no es equivalente al sumatorio de los mismos. La aplicación este principio a la protección de los MENAS se debería proyectar en un sistema que integrase a todos los agentes que participan en su protección, para que sus actuaciones no sean solamente

---

<sup>692</sup> García Pantoja, Félix y Nieto García, Luis Carlos. (2006). *Los derechos de los menores extranjeros*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. p.11.

<sup>693</sup> VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación. p. 11. Ana P. Botín. La realidad que nos ocupa.

un conjunto de medidas yuxtapuestas, más o menos coordinadas, sino que: “Se propone un modelo de intervención basado en la gestión integral, desde los servicios sociales de atención primaria y especializada, al objeto de afrontar el problema con un esquema de funcionamiento garantista de los derechos del menor”<sup>694</sup>.

La reciente Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, de 13 de octubre 2014, por la que se aprueba el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENAS, con objeto a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones implicadas en su protección, desde que son localizados hasta su puesta a disposición del Servicio Público de protección de menores, es una medida acertada y esperada, pero que no ha previsto, además de la coordinación, la presencia del factor integrador de una institución que, por su participación y responsabilidad en todas las fases de este proceso, proporcione a los MENAS la debida atención personalizada que requieren en todo el proceso de su acogida<sup>695</sup>.

El Ministerio Fiscal es la figura cualificada para ejercer esta función, ya que tiene encomendada la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores (art. 174.1 CC). Su propio Estatuto le encarga asumir o promover la representación y defensa, en juicio o fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no puedan actuar por sí mismos. Además, tiene la misión proactiva de promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes establezcan<sup>696</sup>.

En el caso de los MENAS la posición del Ministerio Fiscal es privilegiada, pues su intervención esta prevista en la práctica totalidad de las actuaciones que se efectúan con menores y en todas las fases de su proceso de integración, lo que unido a los “principios de actuación que rigen sus funciones

---

<sup>694</sup> Bueno Abad, J. R. (2006). La protección de menores migrantes no acompañados. Un modelo de intervención social. *Universidad de Alicante. Revista Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social* Nº 14, pp. 155-170. p. 155.

<sup>695</sup> El Acuerdo del Protocolo Marco sobre los MENAS, está suscrito por los ministerios de Justicia, Interior, Empleo y Seguridad Social, Sanidad, Servicios Sociales, Asuntos Exteriores y de Cooperación y, la Fiscalía General del Estado.

<sup>696</sup> Soriano Ibáñez, B. (s.f.). *Supervisión de la actividad protectora de la Administración*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata). p. 2.



–legalidad, imparcialidad, unidad y dependencia jerárquica– se encuentra en unas condiciones optimas” para supervisar e impulsar la coordinación de las instancias que intervienen en la protección de los MENAS<sup>697</sup>.

En conclusión, el sistema de protección de los MENAS debería estar conformado por un conjunto de medidas legales, jurídicas, sociales, educativas y formativas, un conjunto integrado, coordinado y dirigido, con la finalidad de lograr la inserción del MENA en la sociedad o su retorno a su país de origen, teniendo presente en todas estas actuaciones el interés superior del menor.

## **1. Protección pública del MENA**

Los menores extranjeros no acompañados en España están amparados por la normativa interna y la internacional que los acoge y ampara proporcionándoles un sistema de protección pública hasta que alcancen su mayoría de edad<sup>698</sup>.

Los menores son titulares de derechos porque gozan de personalidad jurídica desde el mismo momento de su nacimiento (art. 29 CC). Nuestro ordenamiento jurídico les atribuye un conjunto de derechos, particularmente, los que forman parte del “estatuto jurídico indisponible del menor”, de entre ellos, el derecho a recibir asistencia y protección de la Administración pública cuando se encuentren en situación de necesidad<sup>699</sup>.

El estatuto jurídico de los MENAS y la protección de sus derechos tiene su base en la Constitución y en los acuerdos y convenios internacionales a los que nuestra norma fundamental remite. Nuestra Constitución reconoce expresamente a los extranjeros los derechos del Título I (art. 13.1 CE) y los que le son inherentes por su dignidad de persona (art. 10.1 CE). La protección de

---

<sup>697</sup> Ramos Sánchez, A. (2006). *El Ministerio Fiscal en el área de protección de menores*. En la obra de Barranco Avilés, M<sup>a</sup> del Carmen y García Ferrer, Juan José, *Reconocimiento y Protección de los Derechos de los Niños*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheaderna me1>. p. 105.

<sup>698</sup> Gimeno Monterde, C. (2013). *Crisis y nuevas estrategias en la migración de menores solos*. Recuperado el 25 de Enero de 2014, de Universidad de Alcalá de Henares: <http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel2/sesion2/chabierg@unizar.es/TCcrisisyn uevasestrategias.pdf> p.3.

<sup>699</sup> De Palma del Teso, Á. (2006). *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. p. 96.

de los menores de edad será, además, la que le proporcionen los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 CE). Nuestra Norma Fundamental incorpora al Derecho interno las disposiciones de los tratados internacionales celebrados por España (art. 96.1 CE) que serán, por tanto, de aplicación a los MENAS. Por último, la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, será conforme con los tratados y acuerdos sobre derechos y libertades ratificados por España (art. 10.2 CE).

La base legal de la protección de los MENAS se encuentra en la normativa de extranjería y en la LOPJM 1/1996, de 15 de enero, que establece un sistema de protección de los menores calificado por la doctrina como mixto por estar basado en la colaboración de las instituciones públicas con las privadas. Sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, y por tanto a los MENAS. Incorpora los principios y criterios de la CDN que equiparan a los menores nacionales con los extranjeros<sup>700</sup>.

Una vez verificada y declarada su situación de desamparo, le corresponde al MENA la tutela administrativa, que se produce *ope legis* por ministerio de la Ley. Al comprobarse esta contingencia, “la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando se constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo” (art. 172 CC)<sup>701</sup>.

El principio de no discriminación lo establece la CDN al ordenar a sus estados partes respetar los derechos del menor sin ninguna distinción por motivos de raza, sexo, idioma, religión o cualquier otra, art. 2 CDN. El Comité de los Derechos del Niño refuerza este principio al poner de manifiesto la

---

<sup>700</sup> Pous de la Flor, M. P. (05 de Abril de 2006). La protección pública de los menores extranjeros en situación de desamparo. *Revista de Ciencias Jurídicas* Nº 110 , pp. 13-35. p.18.

<sup>701</sup> De Palma del Teso, Á. (2006). *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública..

p. 323. La expresión del art. 172 del CC “*tiene por ministerio de la Ley*”, proviene de la enmienda núm. 37 presentada por el Grupo Socialista en los debates parlamentarios, con la finalidad de señalar el carácter automático de la tutela, que funciona *ope legis* sin intervención judicial ni formalización instrumental alguna.

situación de especial vulnerabilidad de los MENAS, por lo que, a pesar de las dificultades que representa para los estados implementar las medidas que permitan a los menores el disfrute de sus derechos, deben respetar los principios de no discriminación, el del interés superior del niño, y su derecho a manifestar libremente sus opiniones<sup>702</sup>.

Los menores tienen en nuestra normativa derecho a recibir la protección y asistencia necesaria de las administraciones públicas que les garantice el respeto de sus derechos y el desarrollo de su personalidad, art. 10 LOPJM. Este mandato del legislador a las administraciones está avalado por la STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5, al señalar que la CDN, la Carta Europea de los Derechos del Niño y la LOPJM 1/1996, conforman “el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4”. El Tribunal señala que “el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”. Esta sentencia confirma el derecho constitucional de los MENAS a recibir la protección de las administraciones públicas<sup>703</sup>.

Los principios que inspiran el sistema de la Convención de protección del MENAS, y que constituyen su fundamento, son el de igualdad y no discriminación, el principio del interés superior del niño y el clásico principio de no devolución. La CDN señala en su art. 3.2 que los estados partes adoptarán “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”, y que se implicarán en materia de los derechos económicos, sociales y culturales de los MENAS, “hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”, art. 4. CDN<sup>704</sup>.

---

<sup>702</sup> Observación General nº 6 (2006) del Comité de los Derechos del Niño en; VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación. p. 21.

<sup>703</sup> Pous de la Flor, M. P. (05 de Abril de 2006). La protección pública de los menores extranjeros en situación de desamparo. *Revista de Ciencias Jurídicas* Nº 110 , pp. 13-35. p.19.

<sup>704</sup> VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación. pp.73-74.

El estatuto jurídico del menor establecido *ut supra*, lo completa el CC en cuanto que diseña el esquema general de los mecanismos de su protección, dispone actuaciones concretas sobre él y, por su parte, la normativa autonómica que desarrolla las técnicas de protección del menor, competencia que tienen asignada en exclusiva las CCAA<sup>705</sup>.

La protección del menor se asienta en dos pilares básicos, la defensa de sus derechos fundamentales y la consideración del interés superior del menor en todas las actuaciones que le afecten. Estos dos pilares se apoyan y sostienen mutuamente ya que el interés superior del menor no es otro que el de la protección de sus derechos.

Para que la Administración pública se haga cargo del MENA se requiere, en primer lugar, que se determine su minoría de edad. Una vez determinada, el Ministerio Fiscal debe ponerlo a disposición de los servicios competentes de protección de menores. En caso de que el menor se encuentre solo y carezca de “asistencia moral o material de un adulto responsable de él” se declarará su situación de desamparo (art. 172.1 CC). Esta declaración es la condición para que la comunidad autónoma, que es la Administración pública competente, se haga cargo del menor y pueda ejercer su tutela. La tutela incluye la responsabilidad de proteger al menor, subvenir a sus necesidades básicas y asegurarle el acceso a la educación, sanidad e inserción social<sup>706</sup>.

Ahora bien, la CDN reconoce que el menor, para el pleno desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia y, por otra parte, que el interés superior del menor debe estar vinculado a una solución duradera para él, lo que se puede lograr mediante su protección e integración en el país de

---

<sup>705</sup> Carretero Espinosa de los Monteros, C. (04-06 de Noviembre de 2010). Un caso específico: *Los menores extranjeros no acompañados. Indefinición de su estatuto legal y la jurisdicción contenciosa administrativa. X Congreso Estatal de Infancia Maltratada*. Sevilla, España: [http://www.congresofapmi.es/imagenes/auxiliar/Actas\\_FS\\_11\\_2\\_caso\\_CCarretero.pdf](http://www.congresofapmi.es/imagenes/auxiliar/Actas_FS_11_2_caso_CCarretero.pdf) p.3.

<sup>706</sup> VV.AA. (02 de Junio de 2010). *Menores antes que inmigrantes*. Recuperado el 05 de Mayo de 2014, de Word express: <http://reportajemena.wordpress.com/>

acogida, la reagrupación en su ámbito familiar de origen o su entrega a los servicios sociales de su país<sup>707</sup>.

Analizamos la reagrupación familiar del menor en este apartado y su integración en el siguiente.

## **2. La reagrupación familiar**

La Organización Internacional de Migraciones (OIM) define la reunificación de la familia de los migrantes como “el proceso social y legal de la reunión de un trabajador migrante con los miembros de su familia en el País”. Según la OIM, los requisitos básicos indispensables que deben cumplir para la reunificación de los trabajadores migrantes y su familia son: la residencia legal del reagrupante y que la entrada de los reagrupados sea posterior a la concesión de la reagrupación<sup>708</sup>.

El concepto del derecho a la reagrupación familiar es, a grandes rasgos, la opción que tienen los residentes extranjeros de mantener la unidad de su familia, lo que les faculta para reunir consigo a determinados parientes en el país que los acoge. Su finalidad es salvaguardar el derecho inherente a todo ser humano de mantener la vida familiar y, además, ser factor esencial para integrarse social y culturalmente en el país de acogida<sup>709</sup>.

En el contexto de las migraciones, el reagrupamiento familiar presenta una dimensión nueva del fenómeno migratorio y tiene características propias. Los estados receptores de inmigrantes son reacios desde el principio a reconocer el derecho a la reagrupación familiar. Consideran que el inmigrante individual tiene intención de regresar a su país, en cambio, perciben la inmigración familiar como de asentamiento, lo que puede suponer mantener los usos y costumbres del país de procedencia que conllevaría variación étnica del país receptor y pérdida de su identidad. En la Conferencia de El Cairo de 1994, se concluyó que la solución de compromiso que aceptan los países receptores

---

<sup>707</sup> Díez Morrás, F. J. (10 de Diciembre de 2012). Indefinición del interés superior de menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección. *REDUR*, pp. 95-104. p. 99.

<sup>708</sup> VV.AA. (2007). *El proceso de reagrupación familiar en la ciudad de Madrid. Informe nº 6*. Madrid: Observatorio de las Migraciones y de la Convivencia Intercultural de la Ciudad de Madrid. p. 13.

<sup>709</sup> Soto Moya, M. (2009). *La reagrupación familiar de los menores extranjeros. En la obra: La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes de Barranco Vela, Rafael*. Granada: Editorial Comares. p. 63.

es reconocer el principio de reagrupación familiar y no el derecho a esta reagrupación, que propugnan los países emisores de emigrantes<sup>710</sup>.

La implicación del reagrupamiento familiar en la migración está relacionada con la estabilidad de las redes familiares en el país de acogida y la situación de sus familias en el país de origen. En cuanto a los menores, depende de su capacidad adaptativa que, en ocasiones, se convierten en la punta de lanza de la migración posterior de nuevos familiares, o bien en piedra angular del éxito de la integración de su familia en el país receptor<sup>711</sup>.

La reagrupación familiar contribuye a la integración de los inmigrantes en el país de acogida, por lo que el derecho a la vida de familia es elemento clave en la política migratoria de cualquier país al facilitarles su inserción en sociedad. No obstante, la repercusión de la reagrupación familiar en el incremento del flujo migratorio plantea la confrontación entre la soberanía de los estados, en su vertiente de control de la inmigración, con el reconocimiento a los no nacionales el derecho a la vida familiar en el país de destino<sup>712</sup>.

Se debe señalar, por último, que el derecho de la familia a recibir protección de la sociedad y del Estado está consagrado en varios tratados y acuerdos internacionales: en la DUDH, de 10 de diciembre de 1948, “la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, art. 16.3; el PIDCP, de 16 de diciembre de 1966, repite el mismo tenor literal de la Declaración en su art. 23.1; la CDN, de 20 de noviembre de 1989, proclama en su Preámbulo la protección que deben recibir la familia como grupo fundamental de la sociedad, sus miembros y, en particular, los niños para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad<sup>713</sup>.

---

<sup>710</sup> Labaca Zabala, M. L. (2005). El Derecho a la Vida Familiar de los Inmigrantes en la Legislación de Extranjería. *SABERES. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales. Volumen 3. Año 2005.*, Separata. pp. 4-5.

<sup>711</sup> Bueno Abad, J. R. (2006). La protección de menores migrantes no acompañados. Un modelo de intervención social. *Universidad de Alicante. Revista Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social Nº 14*, pp. 155-170. p.158.

<sup>712</sup> Vargas Gómez-Urrutia, M. (2006). La dimensión familiar de la inmigración y el derecho a la reagrupación familiar. *UNED. Anuario de la Escuela Práctica Jurídica Nº 1*, pp. 1-14. . p.1.

<sup>713</sup> Vargas Gómez-Urrutia, M. (2006). La dimensión familiar de la inmigración y el derecho a la reagrupación familiar. *UNED. Anuario de la Escuela Práctica Jurídica Nº 1*, pp. 1-14. p. 3.



Analizamos, a continuación, cómo se establece la protección de este derecho en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la Unión Europea y en España.

#### **A. La reagrupación familiar en la Convención sobre los Derechos del Niño**

La Convención proclama que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en especial de los niños, a los que se les reconoce el derecho a vivir en el seno de la familia para el pleno desarrollo de su personalidad<sup>714</sup>. Por otro lado, la Convención impone a los estados partes la obligación de atender de forma positiva “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión familiar”, y garantizarán que la petición no reportará consecuencias desfavorables para los interesados o para sus familiares (art.10.1 CDN)<sup>715</sup>.

El Comité de los Derechos del Niño trata la reagrupación del menor en su observación general nº 6 en cuanto al retorno del menor con sus padres. Señala que la reagrupación del menor con sus progenitores debe ser la solución prioritaria duradera, excepto cuando “las autoridades competentes determinen [...] que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. El análisis, caso por caso, llevará a determinar cuál es la solución duradera adecuada al menor. Ante todo, la reagrupación no debe llevarse a efecto cuando exista riesgo razonable que conllevara la violación de los derechos del menor<sup>716</sup>.

El objetivo que pretende el Comité al regular la situación de los MENAS es encontrar la “solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección” comenzando por el análisis de las posibilidades de reunificación familiar. La CDN impone a los estados partes la obligación de impedir que el menor “sea separado de sus padres contra su voluntad” por lo que debe

---

<sup>714</sup> Arrese Iriondo, M. N. (2011). *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*. Bilbao: Servicio Editorial. p. 32.

<sup>715</sup> Goig Martínez, J. M. (2007). *El derecho a la reagrupación familiar de los emigrantes*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2014, de FAD: [http://www.fad.es/sala\\_lectura/C2007\\_comn\\_6.pdf](http://www.fad.es/sala_lectura/C2007_comn_6.pdf). p. 163.

<sup>716</sup> Díez Morrás, F. J. (10 de Diciembre de 2012). Indefinición del interés superior de menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección. *REDUR*, pp. 95-104. p.100.

procurarse, por todos los medios, la reagrupación familiar, salvo que el interés superior del menor requiera prolongar la separación, art. 9 CDN. La reunión familiar puede efectuarse en el país de origen del menor o en el país de destino. En caso de que no pueda realizar la reunión en el país de origen, procederá la permanencia del menor en el país de destino, que lo deberá acoger hasta que alcance la mayoría de edad<sup>717</sup>.

## **B. En el marco del Consejo de Europa**

El CEDH establece el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, art. 8.1 CEDH. Bajo determinadas condiciones previstas por la Ley, no se considerará injerencia del Estado en la vida familiar cuando constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional o la pública, el bienestar económico, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, y la protección de los derechos y libertades de los demás, art. 8.2 CEDH<sup>718</sup>.

El CEDH no reconoce directamente, con carácter autónomo, el derecho a la reagrupación familiar, pero sí lo hace de forma teleológica, pues, tal como el Convenio y sus Protocolos adicionales exigen, y lo ha puesto de manifiesto el TEDH, el “El Convenio debe interpretarse teniendo en cuenta su específico carácter de garantía de los derechos y libertades públicas por él proclamados [...] El objeto y finalidad de este instrumento de protección de la persona exigen que sus preceptos se interpreten y apliquen de manera práctica y efectiva” (caso *Soering* vs. Reino Unido, de 7 de julio de 1989). Esto le permite al Tribunal ampliar el ámbito de protección del Convenio, e incluso, reconocer otros nuevos por su conexión con ellos o por estar incluidos en los derechos que el Convenio establece. Este es el caso del derecho a la

---

<sup>717</sup> VV.AA. (01 de Septiembre de 2005). *Observación General nº 6 (2005) Trato de los menores no acompañados y separados de su familia de su país de origen*. Recuperado el 24 de Noviembre de 2014, de UNICEF: [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/06.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/06.pdf) p. 24. Causas que pueden impedir la reunión familiar en el país de origen: obstáculos jurídicos, implique un riesgo razonable que se suponga una violación de sus derechos fundamentales o sea contraria al interés superior del menor.

<sup>718</sup> VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación. p. 76.

reagrupación familiar por su relación con el art. 8 CEDH que protege la vida familiar<sup>719</sup>.

Una parte de la doctrina comparte esta opinión, pues, aunque el art. 8 del CEDH “no menciona expresamente el derecho a la reagrupación familiar como derecho protegible”, la jurisprudencia del TEDH sobre esta materia admite que cuando concurren determinadas circunstancias, pueda recibir la protección del Convenio. Por lo que se podría afirmar que “con carácter general”, la reagrupación familiar “esté incluida dentro del derecho al respeto de la vida familiar de las personas extranjeras”, siendo competencia de los estados su regulación con amplio margen de discreción<sup>720</sup>.

Sin embargo, este “carácter general” de incluir la reagrupación familiar dentro del derecho al respeto da la vida familiar de los extranjeros es discutido, pues, según otra parte de la doctrina, de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se pueden deducir dos requisitos para la vida familiar sea susceptible de protección: el primero que la vida familiar ha de ser lo suficientemente próxima, es decir “real y efectiva”, y el segundo que debe tratarse de una familia “preexistente” a la medida estatal causante de la posible injerencia en el derecho objeto del litigio. Además de estas condiciones, el TEDH rechaza de forma expresa deducir del artículo 8 del CEDH una obligación general de permitir la reagrupación familiar con el único objeto de atender el deseo de las familias de residir en un país determinado<sup>721</sup>.

---

<sup>719</sup> Goig Martínez, J. M. (2007). *El derecho a la reagrupación familiar de los emigrantes*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2014, de FAD: [http://www.fad.es/sala\\_lectura/C2007\\_comn\\_6.pdf](http://www.fad.es/sala_lectura/C2007_comn_6.pdf). p. 164.

<sup>720</sup> Arrese Iriondo, M. N. (2011). *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*. Bilbao: Servicio Editorial. p. 69.

<sup>721</sup> Vargas Gómez-Urrutia, M. (2006). *La dimensión familiar de la inmigración y el derecho a la reagrupación familiar*. Recuperado el 18 de Noviembre de 2014, de UNED. Anuario de la Escuela Práctica Jurídica Nº 1: [http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Nueva\\_carpeta/AEPJ%201%20Marina%20Vargas.pdf](http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Nueva_carpeta/AEPJ%201%20Marina%20Vargas.pdf)

p. 4. Basándose en estos criterios, el TEDH ha denegado el derecho a la reagrupación familiar en tres de los cuatro asuntos sobre esta materia en los que se ha pronunciado por entender, en particular, que “la convivencia familiar también era posible en el país de origen”. Esta jurisprudencia ha sido confirmada en sentencias posteriores que declararon la inadmisibilidad de algunas denuncias.

### C. En la Unión Europea

Como resultado de las políticas adoptadas por los estados miembros desde mediados de los años sesenta con el objeto de restringir la entrada masiva de inmigrantes en la Unión, tiene lugar un incremento sustantivo de la reagrupación familiar en Europa. En efecto, hasta principios de los años setenta, unos treinta millones de inmigrantes llegaron a Europa, la mayoría de ellos como trabajadores invitados. La crisis del petróleo de 1973 motivó el cambio de política migratoria europea mediante la restricción de la entrada de flujos migratorios y el retorno voluntario de los trabajadores extranjeros. Éstos respondieron con la reagrupación familiar ante el riesgo de no poder regresar al país de destino, si volvían al de procedencia<sup>722</sup>.

La reagrupación familiar como nuevo modelo migratorio ha sido una de las principales fuentes de inmigración en la Unión y, actualmente, una parte creciente de la inmigración legal en muchos de los estados miembros. El debate político generado sobre la gestión de estos flujos migratorios causados por la reagrupación familiar se ha traducido en la introducción de medidas restrictivas nacionales, lo que ha conducido a la Unión a establecer la directiva sobre reagrupación familiar con objeto de que se respeten los derechos de los extranjeros y se armonicen las normativas de los estados<sup>723</sup>.

Los fundamentos jurídicos que permiten a los ciudadanos de terceros países reagrupar a su familia se encuentran recogidos en los tratados de la Unión y en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre la reagrupación familiar, que analizamos a continuación.

El Tratado de Maastricht dispone que, la Unión respeta los derechos fundamentales. El actual Tratado de la Unión establece que “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [...] y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales

---

<sup>722</sup> Pérez-Nievas Montiel, S. y. (2011). La reagrupación familiar en España y en Europa. *AFDUAM*. p. 145.

<sup>723</sup> VV.AA. (08 de Octubre de 2008). *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Relativo a la Aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el Derecho a la Regrupación Familiar*. Recuperado el 18 de Noviembre de 2014, de ACNUR: [www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9257.pdf?view](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9257.pdf?view) p. 3.

comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”, art. 6.2 TUE<sup>724</sup>. Entre estos derechos se encuentra el de la reagrupación familiar de los menores.

La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, es la disposición que reconoce el derecho a la reagrupación familiar y persigue armonizar la normativa sobre esta materia en los estados de la Unión. Concebida inicialmente como un marco de máximos, ha terminado siendo el “mínimo común denominador de las legislaciones nacionales” en vigor en los estados miembros en el ámbito de la reagrupación. Este cambio de enfoque queda reflejado en el art. 1 de la Directiva que pretende “fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación”. Sin embargo, en la propuesta inicial el objetivo de la Directiva era “instituir un derecho a la reagrupación familiar”<sup>725</sup>.

El Parlamento Europeo presentó recurso ante el TJCE, en el que pretendía se anularan los preceptos de los arts. 4.1 y 4.6 y el art. 8 de la citada Directiva, para asegurar la salvaguarda en el ordenamiento jurídico comunitario, de los derechos fundamentales de los hijos menores de edad del reagrupante, que resultarían vulnerados en los mencionados artículos por limitarles el derecho a la reagrupación familiar. De la argumentación del Tribunal no se deduce que los preceptos impugnados vulneren los derechos fundamentales de los inmigrantes por el legislador comunitario, al permitir a los estados miembros “modular algunos aspectos de la reagrupación familiar”<sup>726</sup>.

Una parte de la doctrina censura la política de reagrupación familiar de la UE por las siguientes razones. Primera, son gravosas las condiciones, art. 3.1

---

<sup>724</sup> VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación. p. 75.

<sup>725</sup> Pérez Martín, E. (s.f.). *El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la Unión Europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03)*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2014, de Fundación Ciudadanía y Valores: [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documentos/1216117825\\_elena\\_perez\\_martin.pdf](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1216117825_elena_perez_martin.pdf) p.11.

<sup>726</sup> Pérez Martín, E. (s.f.). *El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la Unión Europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03)*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2014, de Fundación Ciudadanía y Valores: [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documentos/1216117825\\_elena\\_perez\\_martin.pdf](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1216117825_elena_perez_martin.pdf) p. 1.

de la Directiva, que debe reunir el reagrupante: ser titular de un permiso de residencia expedido por un estado miembro con vigencia de un año o más y que “tenga perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente”. Segunda, que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se alinea perfectamente con la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reagrupación negando este derecho”. Por último, que la razón de esta alineación “parte de la negación del derecho a la reagrupación familiar” que el TEDH ha reiterado en su jurisprudencia<sup>727</sup>.

Otras posiciones critican que en la Directiva “sólo hay una referencia al interés del menor”. Además, que en la sentencia relativa al recurso de anulación presentado por el Parlamento Europeo, el Tribunal transcribe disposiciones del CDN, en concreto su art. 9.1, pero, que en ella utiliza expresiones como “recomiendan”, “tener en cuenta”, cuando alude a los tratados multilaterales y normativa comunitaria que “obligan a los Estados a considerar prioritario el interés del niño”, lo que relativiza los deberes. También, que la “inquietud por la implementación de la Directiva” en los estados miembros motivó el informe de la Comisión Europea, por ser consciente de “la existencia de ciertos problemas transversales de transposición o aplicación incorrectas de la Directiva” [...] “como la toma en consideración del mejor interés del menor [...] los recursos legales, y disposiciones más favorables para la reagrupación familiar de los refugiados”<sup>728</sup>.

Esta opinión no es concordante con lo que señala la Comisión Europea en su informe COM (2008), al que la posición anterior alude. La Comisión evalúa la Directiva y dice que el TJCE, en su sentencia de 27 de junio de 2006, “estableció que la Directiva no atenta contra el derecho fundamental al respeto de la vida familiar, los mejores intereses de los hijos o el principio de no discriminación por razones de edad”, y que la sentencia tiene implicaciones para la aplicación de la Directiva por los Estados miembros. Para la Comisión, el Tribunal subrayó, en particular, que los derechos fundamentales son

---

<sup>727</sup> VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación. p. 76.

<sup>728</sup> Rodríguez Taborda, M. C. (2012). Consideraciones Jurídicas sobre los derechos de los Niños Migrantes. *AM. U. INT'L L. REV*, pp. 643-671. pp. 655-656.



vinculantes para los estados miembros cuando aplican normas comunitarias y que los estados miembros “deben aplicar las normas de la Directiva de forma coherente con los requisitos de protección de los derechos fundamentales, especialmente los relativos a la vida familiar y al principio del mejor interés de los hijos menores de edad”<sup>729</sup>.

Otras posturas corroboran esta opinión y señalan que, de la sentencia del Tribunal no se infiere que el legislador comunitario vulnere los derechos fundamentales al permitir a los estados miembros modular algunos aspectos de la reagrupación familiar. Resaltan, también, que esta reagrupación sólo podrá ser denegada si concurren razones de orden público, seguridad o salud pública, art.6 Directiva, y que “se podrá requerir al solicitante que aporte pruebas de que el reagrupante dispone de una vivienda adecuada, un seguro de enfermedad y recursos fijos y regulares”, art.7 Directiva. Estiman positivamente que el Tribunal valore con rigor los textos internacionales de derechos humanos que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, en especial, “el derecho al respeto de la vida familia como base del derecho a la reagrupación familiar”. El Tribunal concluye que desde un punto de vista técnico no existe tal vulneración y desestima el recurso<sup>730</sup>.

En la argumentación del Tribunal sobre los artículos 4 y 8 de la Directiva señala que el art.4.1 de la Directiva impone a los estados miembros “obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos puesto que, en los supuestos determinados por la Directiva, les obliga a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional”. Sobre el criterio de la Directiva sobre la integración, el Tribunal considera que

---

<sup>729</sup> VV.AA. (08 de Octubre de 2008). *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Relativo a la Aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el Derecho a la Reagrupación Familiar*. Recuperado el 18 de Noviembre de 2014, de ACNUR: [www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9257.pdf?view..](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9257.pdf?view..) p. 4.

<sup>730</sup> Pérez Martín, E. (s.f.). *El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la Unión Europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03)*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2014, de Fundación Ciudadanía y Valores: [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documentos/1216117825\\_elena\\_perez\\_martin.pdf](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1216117825_elena_perez_martin.pdf) pp. 15-27.

“no es contrario en sí al derecho al respeto de la vida familiar recogido en el artículo 8 del CEDH”<sup>731</sup>.

Una vez analizado el derecho a la reagrupación familiar en la UE cabe añadir que las políticas de la Unión han ido principalmente dirigidas a conseguir la libre circulación de las personas, como objetivo para llegar a un mercado común. En cambio, la política migratoria ha quedado relegada durante décadas a un segundo plano, y que el objetivo de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar es, fundamentalmente, fijar las condiciones bajo las cuales los nacionales de terceros países pueden ejercitarlo<sup>732</sup>.

#### **D. El reagrupamiento familiar en España**

El derecho a la reagrupación familiar está amparado en nuestra Constitución en los arts. 18.1, 32.1, y 39.1. Por otra parte, la remisión del art. 39.4 a los acuerdos internacionales que velan por los derechos del menor les proporciona la protección que estos acuerdos establecen, en particular, la CDN que obliga a sus estados partes a atender de forma positiva “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión familiar”, art. 10.1 CDN. Como hemos señalado anteriormente, el derecho a la reagrupación está reconocido, pero no de modo absoluto, en la CEDH y en la Directiva 2003/86/CE. Las injerencias por parte de la autoridad pública contrarias al respeto a la intimidad familiar

---

<sup>731</sup> VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación.

pp. 76-78: Respecto al criterio de integración, dicho criterio no es contrario en sí al derecho al respeto de la vida familiar recogido en el artículo 8 del CEDH. Como ya se ha recordado, este derecho no debe interpretarse en el sentido de que implica necesariamente la obligación del Estado miembro de permitir la reagrupación familiar en su territorio y el artículo 4, 1º, último párrafo, de la Directiva únicamente mantiene el margen de apreciación del Estado miembro, limitándolo al examen de un criterio definido por la legislación nacional, que debe llevarse a cabo observando, entre otros, los principios contenidos en los artículos 5, 5º, y 17 de la Directiva. En cualquier caso, la necesidad de la integración puede estar amparada por varios de los fines legítimos contemplados en el artículo 8, apartado 2, del CEDH”.

<sup>732</sup> Pérez Martín, E. (s.f.). *El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la Unión Europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03)*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2014, de Fundación Ciudadanía y Valores: [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documentos/1216117825\\_elena\\_perez\\_martin.pdf](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1216117825_elena_perez_martin.pdf)  
p. 26.

deben ser justificadas, necesarias, y atenerse a las limitaciones que las citadas normas establecen<sup>733</sup>.

En España se introduce por primera vez la posibilidad del derecho del cónyuge del extranjero a la reagrupación familiar en la Resolución de 18 de febrero de 1994 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, siguiendo la Resolución del Consejo de Ministros de la UE, de 1 de junio de 1993, que reflejaba la necesidad de armonizar la práctica de este derecho de los extranjeros en el territorio comunitario<sup>734</sup>.

En la actualidad, la normativa española aplicable a la reagrupación familiar se establece en la LOEX 2/2009, de 11 de diciembre y en su reglamento de ejecución RELOEX 557/2011, de 20 de abril. El menor extranjero que quisiera ejercitar el derecho a la reagrupación de sus ascendientes debería, en primer lugar, tener la condición de residente, y los ascendientes susceptibles de ser reagrupados deben reunir las condiciones que establece el art. 17.1.d) de la citada Ley<sup>735</sup>, esto es, que estén a su cargo, tengan más de sesenta y cinco años, y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Los requisitos para la reagrupación familiar los dispone el art. 18. 2 de la LOEX 2/2009<sup>736</sup>, y el procedimiento a seguir para la reagrupación familiar es el

---

<sup>733</sup> Art. 18.1 CE: Se garantiza el derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Art. 32.1: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Art. 39.1: Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

<sup>734</sup> Fernández Sánchez, P. A. (s.f.). El Derecho de Reagrupación Familiar de los Extranjeros. *Derecho y Conocimiento*, vol. 1. Universidad de Huelva, pp.375-395. p. 380.

<sup>735</sup> art. 17.1.d) LO 2/2009 Los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la U.E. y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores. Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en esta Ley.

<sup>736</sup> «Artículo 18. *Requisitos para la reagrupación familiar*.

2. El reagrupante deberá acreditar, en los términos que se establezcan reglamentariamente, que dispone de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada.

señalado en el art. 18 bis de la misma Ley<sup>737</sup>. Objetivamente, los requisitos requeridos para que el adulto de un tercer país pueda reagrupar a su familia en España son muy exigentes, son prácticamente inaccesibles para el MENA. La figura del menor no acompañado como reagrupante de su familia apenas se trata por la doctrina, pero es posible encontrar alguna referencia sobre esta materia, como la que señalamos a continuación.

El MENA como reagrupante familiar en el contexto europeo constituye una estrategia para eludir los controles migratorios utilizando a los menores. Debido a las restricciones, que países como España, Italia y Francia presentan al acceso de inmigrantes adultos, estos recurren a un procedimiento alternativo de entrada que, en el caso de Marruecos principalmente, consiste en enviar como punta de lanza a un menor para que sea tutelado por la administración pública. Una vez que este menor cumpla los requisitos necesarios para obtener la autorización de residencia, acogerse a la reagrupación familiar para hacer posible el proyecto migratorio de sus familiares mayores de edad<sup>738</sup>.

Por último, la opción que se plantea al MENA como familiar reagrupante en el país de destino establecida por la CDN (art. 10.1 CDN), si tenemos en cuenta la jurisprudencia del TEDH, la del TJUE, la normativa de la UE y la de sus estados miembros sobre extranjería, no resulta ser operativa en la práctica.

---

En la valoración de los ingresos a efectos de la reagrupación, no computarán aquellos provenientes del sistema de asistencia social, pero se tendrán en cuenta otros ingresos aportados por el cónyuge que resida en España y conviva con el reagrupante.

Las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos informarán sobre la adecuación de la vivienda a los efectos de reagrupación familiar.

Las Administraciones Públicas promoverán la participación de los reagrupados en programas de integración socio-cultural y de carácter lingüístico.

<sup>737</sup> “Artículo 18 bis. *Procedimiento para la reagrupación familiar*.

1. El extranjero que desee ejercer el derecho a la reagrupación familiar deberá solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar, pudiendo solicitarse de forma simultánea la renovación de la autorización de residencia y la solicitud de reagrupación familiar.

2. En caso de que el derecho a la reagrupación se ejerza por residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea que residan en España, la solicitud podrá presentarse por los familiares reagrupables, aportando prueba de residencia como miembro de la familia del residente de larga duración en el primer Estado miembro”.

<sup>738</sup> Moreno Márquez, G. (2012). Actitudes y Opiniones sobre los Menores Extranjeros no Acompañados en la Comunidad Autónoma del País Vasco. *Observatorio Vasco de Inmigración*, pp. 43-68. p. 46.

### 3. Acogida del menor o su repatriación

Inspirándose en la DUDH, la CDN proclama que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular del niño, y que el niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia. En la Convención se destaca, por tanto, que la vida en el seno de su familia es esencial para el menor.

Conforme a este criterio, el menor encuentra junto a sus padres el lugar más adecuado para su desarrollo integral por lo que se intentará, en primer término, su “reagrupación familiar en origen”<sup>739</sup>.

Sin embargo, este derecho del menor a vivir con su familia puede entrar en colisión con el principio su interés superior cuando se trata de retornar al MENA con su familia en su país de origen o en el país que ésta se encuentre<sup>740</sup>.

Se trata, pues, de determinar cuál es el interés superior del menor en la tesitura de tener que decidir entre su permanencia en España o su retorno al país de origen. Para una parte de la doctrina “la CDN no determina el contenido de este principio”, pues, “se trata de un concepto jurídico indeterminado del que caben diversas interpretaciones aunque solamente una se ajustará a cada caso concreto”<sup>741</sup>. Para otra parte de la doctrina, a pesar de la indeterminación del

---

<sup>739</sup> Lázaro González, I. (2007). Menores extranjeros no acompañados. La situación en España . *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. X. núm. 19. enero-junio, pp. 149-162.

p. 155.: El 20 de diciembre de 2005 el Pleno del Congreso de los Diputados acordó el siguiente texto para la Proposición no de Ley relativa al reagrupamiento familiar de los menores extranjeros localizados en España: “El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que: En aras a proteger los intereses de los menores extranjeros localizados sin acompañamiento familiar en España lleve a cabo una política efectiva de reagrupamiento familiar en sus países de origen o terceros países en los que se hallan familiares al tiempo que a tutelar sus derechos y libertades fundamentales mientras se encuentren en territorio nacional.

<sup>740</sup> Art. 3.1 CDN. 1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

<sup>741</sup> Rocamora Fernández, A. (2012-2013). *El Plan de Acción de la Unión Europea sobre los menores extranjeros no acompañados (2010-2014) y su impacto en el ordenamiento jurídico español y catalán* . Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de Universitat de Barcelona: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/48430/1/ANNA%20Rocamora-uria.pdf> p. 13.



principio con carácter general, es determinable para cada concreto. Analizaremos la doctrina del Comité de los Derechos del Niño sobre el interés superior del MENA en los casos de acogida y repatriación.

La Observación General nº 6 del Comité se refiere en su totalidad al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Sin embargo, como la misma observación previene, no se aplica a los menores que no hayan cruzado una frontera internacional, aunque el Comité es consciente de que en los desplazamientos internos los menores pueden sufrir problemas análogos a los que se enfrentan los MENAS en las migraciones transnacionales<sup>742</sup>.

En la citada observación, el Comité establece los principios aplicables, las obligaciones jurídicas y las medidas que los estados partes deberán implementar para cumplirlas en el trato con los menores extranjeros no acompañados o separados. Analizaremos, de estos principios, los que están más ligados al retorno del menor a su país de origen o a su permanencia en el país de acogida<sup>743</sup>.

El Comité recomienda que la solución que a largo plazo satisfaga mejor el interés superior del menor será la que decida entre su repatriación o su acogida, habiendo escuchado cuál es la opinión del menor, y respetando en todo caso el principio de no devolución.

---

<sup>742</sup> VV.AA. (2006). *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de UNICEF: <http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf> p. 57.

<sup>743</sup> VV.AA. (2006). *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de UNICEF: <http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf>

p. 59. a) El interés superior del menor (art.3 CDN) es la consideración primordial en la búsqueda de soluciones a corto y a largo plazo. La determinación de este interés “exige una evaluación clara y a fondo” de su “identidad, nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”

b) El derecho del menor a expresar su opinión libremente (art. 12 CDN). Al determinar las decisiones que se adopten sobre el MENA, se recabarán y tendrán en cuenta los deseos y opiniones del menor. Para que pueda fundar su opinión se le proporcionará la información pertinente a cada caso

c) Se respetará el principio de no devolución, teniendo en cuenta las obligaciones, sobre este principio, dimanantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho humanitario y el de los refugiados. Taxativamente obliga a los estados a no trasladar al menor “a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor”



## A. La reunión familiar el retorno y otras soluciones duraderas

La precitada Observación General señala que la finalidad de regular la situación del MENA consiste en “identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, tenga en cuenta sus opiniones y, en su caso, conduzca a resolver la situación del menor no acompañado o separado de su familia”<sup>744</sup>. Se trata pues de elegir la opción que mejor convenga al menor, entre las propuestas que se presentan: reunión del menor con su familia, el retorno a su país de origen, y otras soluciones.

Se tendrá en cuenta que, en ningún caso, se procurará la repatriación del menor al país de origen cuando exista un “riesgo razonable” de que su retorno se traduzca en la violación de sus derechos humanos fundamentales o no favorece su interés superior. La decisión se adoptará tras la debida valoración de las condiciones que concurran en la decisión<sup>745</sup>.

En el caso de que no sea posible la reunión familiar del menor en su país de origen por causa de obstáculos jurídicos que impidan el retorno, o que al ponderar el retorno con el interés superior del menor, la balanza se inclina hacia el interés del menor, “entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunión familiar en su propio territorio”. En este contexto, “se recuerda especialmente a los Estados Partes” el art. 10.1 de la Convención sobre la obligación de atender la solicitud del menor o de sus padres para entrar o salir de un estado parte con objeto de reunión familiar”<sup>746</sup>.

---

<sup>744</sup> *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. p. 67.

<sup>745</sup> *Ibídem*. p. 68. Se tendrá en cuenta, entre otras cosas:

- La seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país;
- La existencia de mecanismos para la atención individual del menor;
- Las opiniones del menor manifestadas al amparo de su derecho en virtud del art. 12 CDN, así como las de las personas que le atienden;
- El nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen;
- El derecho del menor a "preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares" (art. 8 CDN);
- La "conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño" y se preste atención "a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico" (art. 20 CDN).

<sup>746</sup> “Toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de

Aunque, como sostiene Díez Morrás, la aplicación directa de la Convención o a través de la legislación interna de cada país, “es en realidad muy limitada debido al carácter no vinculante de la Observación General citada”<sup>747</sup>.

Excepcionalmente, podrá decidirse su retorno al país de origen si el menor “representa un grave peligro para la seguridad del Estado o de la sociedad”, y se ha tomado la medida “una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor”. Los argumentos deben estar basados en derechos no en otras consideraciones como la limitación general de la inmigración<sup>748</sup>.

Otras soluciones duraderas para el menor son la acogida en el país de destino o en un tercer país. Si el retorno al país de origen del menor se revela imposible, por razones jurídicas o de hecho, la integración en el país de acogida constituye la opción principal. En este caso, la autorización de residencia si se le concede, no es óbice para su “ulteriormente repatriación, siempre que ésta favoreciese el interés superior del menor”. No obstante, la carencia de autorización de residencia no impediría el reconocimiento y disfrute de todos los derechos fundamentales que se le reconocen por su condición de menor<sup>749</sup>.

Otras causas que contribuyen a dificultar la repatriación son “la falta de respuestas coordinadas entre administraciones autonómicas”, las divergencias en la aplicación de la normativa por parte de las subdelegaciones del Gobierno

---

manera positiva, humanitaria y expeditiva” y “no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares” (art.10.1 CDN).

<sup>747</sup> Díez Morrás, F. J. (10 de Diciembre de 2012). Indefinición del interés superior de menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección. *REDUR*, pp. 95-104. p.99.

<sup>748</sup> VV.AA. (2006). *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de UNICEF: <http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf> p. 68.

<sup>749</sup> Etxeberria Balerdi, F. e. (11 de Mayo de 2012). *Menores inmigrantes no acompañados en Euskadi y Aquitania: elaboración y puesta en marcha de un Plan de Formación para Educadores/as y Responsables*. Recuperado el 24 de Mayo de 2014, de Portal de Educación Social: <http://www.eduso.net/res> p. 8.

y, en ocasiones, “un celo excesivo entre determinadas ONGs en la defensa de los intereses de los menores”<sup>750</sup>.

De los 4.441 MENAS acogidos en los centros de las CCAA en 2004, sólo se efectuaron 526 repatriaciones, debido a las garantías legales ofrecidas en el proceso de retorno. Además, “la escasa efectividad de los consulados marroquíes redujo las repatriaciones a 81”<sup>751</sup>.

En el año 2011 se llevaron a cabo en España cuatro repatriaciones de MENAS con sus familiares en el país de origen. No hubo ninguna repatriación forzosa pues no están amparadas como tales por la legislación española<sup>752</sup>.

En otras soluciones duraderas se pueden enmarcar los acuerdos de colaboración con los países origen de la inmigración conforme al art. 35 LOEX, como los centros para menores en Marruecos creados por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo y *L’Entraide Nationale*, en *Nador* y *Beni Mellal*. Su finalidad es apoyar a los menores en situación de vulnerabilidad de ese país, a los que han abandonado sus estudios y otros casos. Las CCAA de Madrid, Cataluña y Andalucía, en virtud del art. 35.2 LOEX, también han contribuido a la construcción de este tipo de centros. Igualmente forma parte de estos convenios, el apoyo a la financiación del proyecto en Senegal: “Prevención de la inmigración irregular de Menores no Acompañados en la UE”<sup>753</sup>.

---

<sup>750</sup> Moya Malapeira, D. (2010). ¿Luchar contra los flujos migratorios o canalizarlos? Evolución del régimen de entrada, residencia, trabajo y salida de extranjeros en el modelos actual de gestión migratoria. *Revista Catalana de dret públic*, núm. 40, pp. 1-25. p. 23.

<sup>751</sup> Leguina, M. e. (2006). *Los Menores Extranjeros No Acompañados de origen marroquí: factores de riesgo y análisis de criminológico*. Recuperado el 24 de Abril de 2015, de ICAM: [www.icam.es/docs/ficheros/200607250008\\_6\\_2.pdf](http://www.icam.es/docs/ficheros/200607250008_6_2.pdf)

p. 12. - Del conjunto de menores repatriados en el periodo 1 de enero 2002 a 31 de diciembre de 2004, 290 fueron marroquíes y el segundo grupo nacional más numeroso resultó ser el de los rumanos, con 40 devoluciones efectuadas, además de estos también procedieron de Bulgaria (1), Nigeria (1), Portugal (2), Túnez (1), Francia (1), Republica Checa (3), Moldavia (1), Estonia (1), Turquía (2), Ecuador (1), Guinea (2) y Colombia (6).

<sup>752</sup> VV.AA. (2012). *Informe Anual de Políticas de Inmigración y Asilo España 2012*. Madrid: Punto de Contacto Nacional de la Red Europea de Migración. p. 46.

<sup>753</sup> VV.AA. (2012). *Informe Anual de Políticas de Inmigración y Asilo España 2012*. Madrid: Punto de Contacto Nacional de la Red Europea de Migración. p. 47.

La Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, es el órgano de gestión de la política española de cooperación internacional para el desarrollo.

Suárez Návaz y otros critican estas iniciativas gubernamentales porque estos mecanismos “pervierten el propio sentido de la cooperación, al esconder un objetivo contrario al propio desarrollo de los beneficiarios, en este caso, los menores migrantes. La cooperación al desarrollo es la cara amable y la antesala de una política de control de flujos migratorios”. Tampoco se libran de las críticas dos proyectos centrados en la reagrupación de menores en Marruecos y financiados por la Comisión Europea. El primero llevado a cabo por la Consejería de Inmigración de la Comunidad de Madrid, financiado por el programa AENEAS y ejecutado por las asociaciones PAIDEIA y *Entraide National*, y el de la Generalitat de Cataluña, también financiado por AENEAS, que pondrá en marcha un programa de repatriación voluntaria de menores desde Cataluña hasta Tánger. Para Suárez Návaz, el interés de las CCAA, al crear estos mecanismos regionales es advertir “a los menores de la amenaza real de las repatriaciones”<sup>754</sup>.

## **B. El acogimiento familiar**

El acogimiento familiar de los MENAS es materia tratada solo tangencialmente por la doctrina. En un estudio comparado en varias regiones de España se concluye que en ninguna de ellas “el acogimiento familiar está suponiendo una alternativa a la resolución de permanencia”. La llegada de MENAS de corta edad, entre 8 y 12 años, es probable que plantee la búsqueda de soluciones familiares, bien facilitando la reagrupación familiar en su país de origen, o mediante el acogimiento familiar del menor en país de destino. Pero hasta ahora, la segunda opción no ha sido factible, no por la falta de familiares en el territorio de acogida, sino por no tener resuelto el MENA su proceso de integración socio-laboral<sup>755</sup>.

---

L'Entraide Nationale es un organismo público marroquí dependiente del Ministerio del Desarrollo Social, de la Familia y de la Solidaridad cuya función consiste en proporcionar todo tipo de ayuda y asistencia para el desarrollo de la familia y de la sociedad.

El proyecto en Senegal tiene como finalidad mejorar la capacidad institucional en la protección de menores con el fin de generar perspectivas de un futuro mejor que les disuadan de emigrar de forma irregular.

<sup>754</sup> Suárez-Návaz, L. y. (2011). Menores en el campo migratorio transnacional. Los niños del centro (Drari d'sentro). *Papers*, 2011, 96/1, pp.11-33. p. 30.

<sup>755</sup> Bravo Arteaga, A. e. (2010). *Revisión de actuaciones llevadas a cabo con menores extranjeros no acompañados en el Estado Español*. Recuperado el 28 de Noviembre de 2014,

Según Cabrera Medina, en comunidad Andaluza “no existe apenas el acogimiento familiar”. Esta comunidad cuenta con 260 centros de protección de diversa tipología, sin embargo, no existen en esta región centros específicos para menores inmigrantes “por lo que es este colectivo el que satura la atención en los centros”. En el período comprendido de 2003 a 2007 no se produjo “ninguna reagrupación familiar en el país de origen en toda la comunidad Autónoma Andaluza”. El sistema además de “Atenderlos” se marca la “Obligación de procurar que los niños regresen a sus familias”<sup>756</sup>.

En la Comunidad Valenciana se intenta la acogida por familias españolas educadoras. La Consellería de Bienestar Social “en colaboración con otras entidades públicas o privadas, deberá promover la formación del colectivo de familias educadoras que acojan a menores extranjeros, conforme a la particularidades que presentan los MENAS”<sup>757</sup>.

En Navarra, la normativa autonómica de protección de la infancia y adolescencia establece que el entorno idóneo en el que los menores pueden tener cubiertas sus necesidades básicas es la familia, preferentemente su propia familia de origen, y que uno de sus objetivos prioritarios es apoyar a los padres para que puedan proporcionar a sus hijos el cuidado adecuado para preservar la unidad familiar. Sólo en los casos en los que se prevea imposible la reunificación familiar se deberá buscar una alternativa al niño, siendo la integración en la familia extensa la que se valorará como prioritaria<sup>758</sup>.

Con mayor o menor énfasis, las CCAA buscan, ante todo, el reagrupamiento del menor con su familia en su país de origen, o con su familia

---

de Observatorio de la Infancia de Asturias:  
<http://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/documentos/menas.pdf> p. 99.

<sup>756</sup> Cabrera Medina, J. C. (2008). *El fenómeno de la emigración de menores. Análisis desde la Provincia de Cádiz (2002-2007)*. Cádiz: Diputación Provincial de Cádiz. p. 26.

<sup>757</sup> VV.AA. (Julio de 2013). *Protocolo de actuación institucional para la atención en la Comunitat Valenciana, de menores extranjeros en situación irregular indocumentados o cuya documentación ofrezca dudas razonables sobre su autenticidad*. Recuperado el 03 de Enero de 2015, de Comunitat Valenciana. Consellería de Bienestar Social: [www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf](http://www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf) p.17.

<sup>758</sup> VV.AA. (2006). *Departamento de Asuntos Sociales, Familia, Juventud y Deporte. Manual de Intervención en situaciones de Desprotección Infantil de la Comunidad Foral de Navarra*. Pamplona: Gobierno de Navarra. p. 7.



extensa en la comunidad autónoma. Pero, hasta ahora, el acogimiento familiar no parece ser solución efectiva.

### **C. Posiciones a favor y en contra de la repatriación del MENA**

El fundamento jurídico de la repatriación del MENA se basa en el principio establecido en el art.11.2 LOPJM: “todo menor sea nacional o extranjero, debe estar integrado en su familia y/o en su entorno social, siempre y cuando no sea contrario a su interés”<sup>759</sup>.

La normativa europea y la interna disponen que la repatriación del menor con su familia, es lo más conveniente para él, excepto cuando esta decisión contraría su interés superior. Analizamos las posiciones que se manifiestan a favor o en contra de la repatriación, partiendo de la legalidad de esta medida conforme a la normativa de la UE y la actual normativa española de extranjería.

La política inicial de la UE sobre la lucha contra la inmigración ilegal fue establecida como uno de los objetivos de la Unión en el Consejo Europeo de Tampere y reafirmada en los consejos de La Haya y Estocolmo. Según lo previsto en ellos, debería regir hasta el año 2014. La inmigración ilegal ha sido abordada desde diferentes frentes con la pretensión de atajarla en sus orígenes desde una perspectiva global que gestione tanto el control de los flujos migratorios como la inmigración clandestina, con el objetivo de asegurar la coherencia de las políticas internas y exteriores de la Unión. La nueva directiva de retorno, ya analizada, constituye un hito significativo en el desarrollo de las políticas de inmigración de la Comunidad Europea<sup>760</sup>.

La Directiva de Retorno 2008/115/CE del PE y del Consejo, de 16 de diciembre, reconoce el legítimo derecho de los estados de hacer retornar a los nacionales de terceros países en situación irregular, siempre y cuando dispongan de sistemas de asilo justos y eficientes que respeten plenamente el principio de no devolución. La Directiva presta especial atención a las personas en situación más vulnerable, como son los menores no acompañados; respeta

---

<sup>759</sup> VV.AA. (2009). *Punto de Contacto Nacional de España de la EMN. La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados*. Madrid: Red Europea de Migraciones. p. 48.

<sup>760</sup> Arangüena Fanego, C. (2008). Garantías Procesales en la Directiva de Retorno. *Revista de Estudios Europeos*, nº 50. p. 73.



los derechos fundamentales; tiene en cuenta los principios consagrados, en particular, en la CDFUE; ordena a los estados miembros establecer un conjunto mínimo de garantías jurídicas para garantizar la protección eficaz de los derechos de las personas retornadas, a tener en consideración el interés superior del menor al aplicar la Directiva conforme a la CDN, y respetar la vida familiar de conformidad con el CEDH<sup>761</sup>.

La normativa española de extranjería, en coherencia con la CDN, la normativa europea y nuestra Constitución promueve que menor viva con su familia, excepto cuando se constate que esto no es posible o sea contrario a su interés.

El art.35.5 de la LOEX establece que la repatriación del menor se efectuará, con las debidas garantías para su seguridad, mediante la reagrupación familiar en el país de origen o poniéndolo a disposición de los servicios de protección de menores de su país, todo ello de acuerdo con el interés superior del menor. En el RELOEX este principio se manifiesta en diversas medidas adoptadas en relación al menor como en el caso de concederle la residencia temporal por circunstancias excepcionales, con los menores víctimas de trata de personas, con los hijos de solicitantes de asilo o protección internacional y, especialmente, en el supuesto de procedimiento de repatriación, arts. 139, 146, 185, 192 y 194<sup>762</sup>.

---

<sup>761</sup> Directiva de Retorno 2008/115/CE. La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y tiene en cuenta los principios consagrados, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Debe establecerse un conjunto mínimo común de garantías jurídicas respecto de las decisiones relativas al retorno para garantizar una protección eficaz de los intereses de las personas de que se trate. Debe facilitarse la asistencia jurídica necesaria a aquellas personas que no dispongan de recursos suficientes. Los Estados miembros deben prever en su legislación nacional los casos en que se considera necesaria la asistencia jurídica.

En consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, el «interés superior del niño» debe ser una consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la presente Directiva.

De conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el respeto de la vida familiar debe ser una consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la presente Directiva.

<sup>762</sup> Rocamora Fernández, A. (2012-2013). *El Plan de Acción de la Unión Europea sobre los menores extranjeros no acompañados (2010-2014) y su impacto en el ordenamiento jurídico español y catalán*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de Universitat de Barcelona: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/48430/1/ANNA%20Rocamora-uria.pdf> p. 15.

Como acabamos de analizar, la normativa española sobre extranjería prioriza la reagrupación del menor con su familia en su país de origen frente a otras posibles soluciones. No obstante, no hay consenso generalizado en la doctrina si ésta opción responde al interés superior del menor.

Como señala el Defensor del Pueblo en su informe de 2003 sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España: “el menor extranjero no puede ser expulsado, devuelto o retornado. La salida de un menor extranjero de nuestro país solo podría producirse utilizando el mecanismo de la reagrupación familiar al tratarse de un derecho que impediría el uso de las otras vías claramente sancionadoras previstas para los adultos”<sup>763</sup>.

En cuanto a las condiciones que se deberían observar, el Defensor del Menor Andalúz ha afirmado en su informe sobre la repatriación o permanencia del MENA en España, que “parece que el retorno de los menores a Marruecos sólo procedería en aquellos casos en que, tras valorar detenidamente las circunstancias socio-familiares del menor, se acreditara que lo más conveniente para el mismo es su reagrupación familiar” siempre que los derechos del menor estuvieran en todo momento asegurados, y no existieran riesgos para el menor y su familia. En caso contrario, habría que optar por la permanencia del menor en España, al menos, en cuanto no se solventen las circunstancias que impidan o desaconsejen su retorno al país de origen<sup>764</sup>.

En conclusión, al MENA no se le pueden aplicar las medidas de expulsión, devolución o retorno establecidas para los extranjeros mayores de edad. Solamente es admisible la repatriación del menor en el caso de que sea acorde con su interés superior y esta se realice con las debidas garantías de seguridad para el menor y su familia.

---

Art. 25.5 LO 2/2009: “De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos”.

<sup>763</sup> López Azcona, A. (2006). *Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 02 de Marzo de 2013, de [www.icam.es/docs/ficheros/200607250008\\_6\\_16.doc](http://www.icam.es/docs/ficheros/200607250008_6_16.doc) p. 15.

<sup>764</sup> VV.AA. (Junio de 2006). *Entre la represión y la protección*. Recuperado el 30 de Mayo de 2014, de Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía: [www.apdha.org/media/informemena0606.pdf](http://www.apdha.org/media/informemena0606.pdf) p. 33.

Pasamos ahora a analizar las posiciones que son partidarias de la reagrupación del menor con su familia en el país de origen y las que postulan su permanencia en España.

a. Posiciones que no se oponen a la repatriación

Como cuestión previa se plantea si la situación del menor es de auténtico desamparo y está necesitado, por tanto, de la protección pública. Algunos centros de acogida de Andalucía, al igual que otros del resto de España, constatan que las familias de los menores que llegan a ellos se preocupan y se ocupan de su periplo migratorio, aunque no estén bajo su tutela física. Esta constatación “debería ser determinante ya que la legislación existente tanto internacional, estatal, como autonómica la familia es el núcleo idóneo del desarrollo de los menores de edad”. Concluyen en consecuencia, que “los centros no son los que se diseñaron para atender a los menores ya que, dichos menores, no están ni abandonados ni desatendidos por sus familias”<sup>765</sup>.

La voluntad del menor inmigrante, que puede no coincidir con su interés superior, es permanecer en España para encontrar un trabajo. Las familias, en general, participan de esta voluntad del menor. La inmensa mayoría de los menores y sus familias no admiten la reagrupación en el país de origen<sup>766</sup>.

Pero, en Andalucía y también en el resto de España, se trabaja para lograr la reinserción familiar “aunque sean los propios padres los que no quieran. Se busca, por tanto, ese interés superior del menor que puede, que en el caso con los menores marroquíes, no case con los intereses de los padres”. Como principio de actuación de un centro de acogida de Cádiz se plantea la “Obligación de procurar que los niños regresen a sus familias, aspecto este

---

<sup>765</sup> Cabrera Medina, J. C. (2008). *El fenómeno de la emigración de menores. Análisis desde la Provincia de Cádiz (2002-2007)*. Cádiz: Diputación Provincial de Cádiz. pp. 24 y 26.

<sup>766</sup> Goenechea Permisán, C. (19 de Junio de 2006). *Menores inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad*. Recuperado el 29 de Abril de 2014, de Universidad Complutense de Madrid: [weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web\\_I\\_Cong.../menors2.pdf](http://weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web_I_Cong.../menors2.pdf)

p. 4. “Según datos recogidos en Cataluña (Capdevilla y Ferrer, 2004) el 99% de los menores sigue en contacto con su familia a través del teléfono, pero un porcentaje similar (94%) no acepta la posibilidad de un eventual reagrupamiento familiar en el país de origen, y tampoco lo admite un 86% de las familias”.

último en el que no se han hecho ningún paso hasta ahora”. Por otra parte, uno de los problemas que suponen los MENAS en los centros de acogida es que “la atención no tenga la calidad que se le podría presuponer al sistema, así como una merma a la hora de poder atender a otros menores que necesitarían de una plaza en cualquiera de los centros”<sup>767</sup>.

En la Comunidad Foral de Navarra, de acuerdo con la CDN y sus planes sobre la infancia, propugnan la repatriación del menor con su familia. Reconocen que el menor debe crecer en el seno de una familia para el desarrollo pleno de su personalidad y ser útil a la sociedad. Esta prioridad no sólo se establece en la CDN, sino también sus planes de atención a la infancia y a la adolescencia promoviendo que el menor viva en familia, cuente con “figuras parentales estables de referencia y vinculación, y la disponibilidad y estabilidad de los vínculos de apego como necesidades básicas del niño/a”<sup>768</sup>.

El sentir generalizado de las CCAA es que el menor viva y se desarrolle en su familia en coherencia con lo que las familias nacionales desean para sus hijos.

#### b. Posturas contrarias a la repatriación

No priorizan la repatriación del MENA, entre otros, los que postulan que el objetivo final del menor es quedarse en el país: “su principal meta para el futuro es alcanzar su plena integración en el territorio o país de acogida. La posibilidad de la repatriación es percibida de manera muy negativa por la mayoría de los jóvenes”, excepto por los MENAS de menor edad con proyecto migratorio no claro, y “demandan actuaciones por parte del sistema de

---

<sup>767</sup> Cabrera Medina, J. C. (2008). *El fenómeno de la emigración de menores. Análisis desde la Provincia de Cádiz (2002-2007)*. Cádiz: Diputación Provincial de Cádiz. p. 26.

<sup>768</sup> VV.AA. (19 de Noviembre de 2001). *Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud. Plan de Atención a la Infancia y Adolescencia en Dificultad Social en la Comunidad Foral de Navarra*. Recuperado el 18 de Diciembre de 2014, de Gobierno de Navarra: <http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/9D13E4D1-1034-4614-9704-A84DC4FA76F4/92061/00PLANDEINFANCIA1.pdf>

p. 53, “El objetivo último de los servicios primarios y especializados de Protección Infantil consiste en proporcionar al niño/a en dificultad social un entorno convivencial estable y seguro en el que tenga satisfechas sus necesidades básicas. Para la mayor parte de los niños/as, esto significa vivir en una familia, y esta familia deberá ser la suya propia de origen, excepto cuando haya una clara constancia de que eso no es posible o no es bueno para él. En estos casos, deberá buscarse para el niño/a, en el mínimo plazo de tiempo posible, un entorno convivencial alternativo, preferentemente otra familia”.

protección que posibiliten su permanencia en el país una vez alcanzada la mayoría de edad”<sup>769</sup>.

No obstante, no todos los menores desean la integración. En centros de acogida de Andalucía, que por el trato continuo con menores marroquíes conocen bien sus intenciones, constatan que los MENAS valoran positivamente todo lo que aprenden pues será de interés para su nueva vida en España, pero matizan, “la experiencia nos habla claramente de que los menores más próximos a la mayoría de edad vienen con la idea de seguir subsistiendo y aprovechar todas las oportunidades que pueda ofrecerle esta nueva sociedad, ya sea de forma regular o irregular”<sup>770</sup>.

Otras posturas contrarias a la repatriación fundamentan su oposición en que la Ley 02-03 sobre la entrada y estancia de los extranjeros en el Reino de Marruecos, en vigor desde noviembre del año 2003, sanciona la infracción del tráfico de personas con penas de prisión de diez a quince años para los organizadores y facilitadores de este tráfico, y en caso de muerte de las personas transportadas con cadena perpetua<sup>771</sup>.

En cambio, las sanciones previstas para los inmigrantes irregulares y los que intentan el *ahrig* (los llamados *harragas*) hacia Europa, nacionales o extranjeros, el art. 50 de la Ley los castiga “con una multa de 2.000 a 10.000 *dirhams* y de uno a seis meses de prisión, o sólo una de estas penas, sin perjuicio de las disposiciones del código penal aplicables en la materia a toda persona que abandone el territorio marroquí o se introduzca en él de manera clandestina”<sup>772</sup>.

---

<sup>769</sup> Bravo Arteaga, A. e. (2010). *Revisión de actuaciones llevadas a cabo con menores extranjeros no acompañados en el Estado Español*. Recuperado el 28 de Noviembre de 2014, de Observatorio de la Infancia de Asturias: <http://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/documentos/menas.pdf> p. 68.

<sup>770</sup> Cabrera Medina, J. C. (2005). *Acercamiento al menor*. Sevilla: Conserjería de Gobernación. Junta de Andalucía. p. 32.

<sup>771</sup> Iglesias, M. (2010). *Conflicto y Cooperación entre España y Marruecos (1956-2008)*. Sevilla: Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios Andaluces, Consejería de la Presidencia, Junta de Andalucía.

<sup>772</sup> Belguendouz, A. (2004). *La nueva ley marroquí de in(e)migración*. Recuperado el 17 de Diciembre de 2014, de Universidad Autónoma de Madrid: [https://www.uam.es/otroscentros/TEIM/Observainmigra/Atlas\\_2004/04\\_politica\\_de\\_inmigracion/belguendouz\\_la\\_nueva\\_ley\\_marroqui.pdf](https://www.uam.es/otroscentros/TEIM/Observainmigra/Atlas_2004/04_politica_de_inmigracion/belguendouz_la_nueva_ley_marroqui.pdf) p. 105.



No obstante, según datos de un trabajo de campo, la Ley no se observa de forma uniforme en todo el territorio de Marruecos. El menor marroquí que regresa a su país puede ser o no sancionado dependiendo del aeropuerto al que arribe. En el de Casablanca se aplica la Ley, sin embargo, en el de Tánger, no<sup>773</sup>.

Del ámbito de la sociología y trabajadores sociales proceden algunas de las posiciones abiertamente contrarias a la repatriación. Manifiestan que las repatriaciones han disminuido drásticamente “como fruto del litigio jurídico de las asociaciones en defensa de los menores y de las evidencias arrojadas por investigaciones que ponen en cuestión que el interés del menor sea devolverle, en muchos casos, a un contexto social de miseria económica y ausencia de perspectiva vital al que no quiere regresar”<sup>774</sup>.

Para estos profesionales, “promover las repatriaciones como forma de intervención social en este contexto migratorio obedece más a una lógica de control de flujos migratorios que a una lógica de protección de la infancia y menos de cooperación al desarrollo”. Identifican los acuerdos bilaterales con los países de origen como medio del estado receptor para “eludir su obligación normativa para con los menores en su territorio”<sup>775</sup>.

<sup>773</sup> Suárez-Návaz, L. y. (2011). Menores en el campo migratorio transnacional. Los niños del centro (Drari d'sentro). *Papers*, 2011, 96/1, pp.11-33. p. 29.

<sup>774</sup> Jiménez Sedano, L. y. (2013). Lo que se oculta detrás de la categoría "menores marroquíes no acompañados": miedos cruzados, contradicciones europeas y consecuencias para el Trabajo Social. *Cuadernos de Trabajo Social* Vo. 26-1, pp. 193-202. P.196. Los datos que aporta Jiménez sobre la reducción de las repatriaciones provienen de EMN y son: En 2004 se realizaron 111 repatriaciones; en 2005, 65; en 2006, 87; en 2007, 23 y en 2008, 6 según el punto de contacto de EMN en España (Comisión Europea- EMN, 2009, p. 93).

<sup>775</sup> Suárez-Návaz, L. y. (2011). Menores en el campo migratorio transnacional. Los niños del centro (Drari d'sentro). *Papers*, 2011, 96/1, pp.11-33. p.31:

#### **“A modo de conclusión**

Entendemos que promover las repatriaciones como forma de intervención social en este contexto migratorio obedece más a una lógica de control de flujos migratorios que a una lógica de protección de la infancia y menos de cooperación al desarrollo. Es, sobre todo, una ilustración del modo en que el Estado receptor interviene transnacionalmente a través de acuerdos bilaterales y programas de desarrollo para, a través de la reconceptualización de joven como dependiente de su familia biológica en origen, eludir su obligación normativa para con los menores en su territorio.

La inclusión de estos menores en su capacidad agentiva, que redefine distancias y vínculos familiares desde una nueva situación del joven postcolonial, es vital para contraponer la retórica de la dependencia transnacional como base de la definición de los menores y, sobre todo, de negarles lo que ellos han venido a buscar: espacios de desarrollo personal y familiar.”



Por otra parte, en cuanto al número de menores repatriados, la Memoria de la Fiscalía General de Estado del año 2008 subraya una importante reducción del número de repatriaciones, ciento once en el año 2006, veintiséis en 2007 y diez en 2008. Señala que las causas principales de la disminución son: la nulidad de numerosos expedientes administrativos practicados por omisión del preceptivo trámite de audiencia del menor; la falta de garantías en el proceso de reagrupación familiar o su acogida en el sistema de protección del país de origen; y sobre todo, la falta de colaboración de las delegaciones consulares para localizar a los familiares del menor<sup>776</sup>.

La vulneración del derecho del menor durante el proceso de repatriación a la tutela judicial efectiva y a ser oído por el órgano judicial competente, puede ser recurrida por el menor o su representante legal. A título de ejemplo, la STC 183/2008, de 22 de diciembre, resuelve el recurso de amparo promovido por menor marroquí frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid que, en grado de apelación, inadmitió su demanda contra el Delegado de Gobierno de Madrid sobre su repatriación. El recurrente aduce en su demanda de amparo, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, art 24.1 CE<sup>777</sup>.

Durante la tramitación del recurso se puso de manifiesto: que es a la comunidad autónoma a quien le corresponde la declaración de desamparo del menor y asumir su tutela; segundo que “vista la contraposición de intereses entre quien tiene asumida la tutela del menor y lo que quiere el menor” que “manifestó que quería estar en España”, el menor tiene derecho a nombramiento de defensor judicial designado por él, que no será el que

---

<sup>776</sup> Noriega Rodríguez, L. (s.f.). *Algunas reflexiones sobre la problemática de los menores extranjero no acompañados en territorio español*. Recuperado el 10 de Abril de 2014, de Revista Jurídica Galega: <http://www.rexurga.es/pdf/COL264.pdf> p.71.

<sup>777</sup> El recurrente aduce en su demanda de amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción con fundamento en que la decisión de inadmisión, fundamentada en su falta de representación y capacidad procesal por ser entonces menor de edad, resultó desproporcionada, formalista y arbitraria, ya que quien entonces ejercía su tutela El Instituto Madrileño del Menor y la Familia y el Ministerio Fiscal eran contrarios a impugnar la resolución administrativa de repatriación, lo que generaba un conflicto de intereses con su intención de oponerse a dicha medida, y además, el art. 18 Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa reconoce capacidad procesal a los menores de edad para la defensa de sus intereses legítimos sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.

represente a la Administración; tercero el menor, además de manifestar su opinión, tiene derecho a ser oído por el órgano judicial competente.

El TC señala en el FJ 3, que se ha vulnerado el derecho del menor a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE<sup>778</sup>, por no haber sido oído o explorado por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectan a su ámbito personal<sup>779</sup>, y que la repatriación del menor es un supuesto que afecta su esfera personal y familiar<sup>780</sup>. En el FJ 5, el Tribunal declara “la nulidad de la resolución judicial impugnada, en el único extremo referido a negar representación y capacidad procesal al recurrente, así como la retroacción de las actuaciones para que el órgano judicial dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado”.

---

<sup>778</sup> STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3. “Entrando en el análisis de la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), este Tribunal ha reiterado que es un elemento esencial de este derecho obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, derecho que también se satisface con una decisión de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada cuando dicha decisión se fundamente en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. Así, se ha destacado que puede verse conculcado este derecho por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican (por todas, STC 135/2008, de 27 de octubre; FJ2)”.

<sup>779</sup> STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3. “Por otra parte, también debe recordarse que si bien este Tribunal no se ha pronunciado específicamente sobre la capacidad procesal de los menores de edad para impugnar judicialmente decisiones que afecten a su esfera personal - que aparece regulada en el orden jurisdiccional de la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela del menor de edad, sin embargo, en diversas resoluciones ha estimado vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (como ejemplo SSTC 221/2002 de 25 de noviembre, FJ 6, o 17/2006, de 30 de enero, FJ 5)”.

<sup>780</sup> STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3. “Por último, respecto de la repatriación de menor, este Tribunal ya ha destacado que es uno de los supuestos en que queda afectada la esfera personal y familiar de un menor. Así, en el reciente ATC 372/2001, de 17 de septiembre se argumentaba que “nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar del menor, que con diecisiete años de edad en el momento de resolverse sobre la autorización para la repatriación gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por el Juzgado de Menores con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído... Por esta razón es claro que el Juzgado debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver la pretensión deducida por la Dirección General de la Policía (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 152/2005, de junio) FJ 3)”.

En el mismo sentido, la STC 184/2008, de 22 de diciembre, el Tribunal se pronuncia en un recurso contra resolución de repatriación conforme a la jurisprudencia ya establecida en un caso de similares características<sup>781</sup>.

c. El interés superior de menor en la jurisprudencia

El tratamiento jurídico de los menores extranjeros no acompañados “presenta una especial complejidad” ya que “a la nota de la extranjería se *yuxtapone* la de la minoría de edad” (Instrucción General de la Fiscalía 6/2004, de 26 de noviembre). En la resolución del expediente de repatriación, la determinación del interés superior del menor como la consideración primordial a la que se atenderá (como lo disponen la CDN, la Carta Europea de Derechos del Niño y la LOPJM) requiere, en ocasiones, decisión judicial cuando este interés del menor se contrapone con otros intereses legítimos. La jurisprudencia de los tribunales ha remarcado el principio del interés superior del menor. Así lo hacen: el TC en las sentencias 124/2002, de 20 de mayo, 221/2002, de 25 de noviembre, entre otras; el TS en las sentencias 1ª 415/2000, de 24 abril, 548/1998, de 11 junio; el TEDH en las sentencias caso E. P. contra Italia de 16 de noviembre de 1999, y en el caso *Bronda* contra Italia de 9 de junio de 1998<sup>782</sup>.

En opinión de Ravellat, el principio del interés superior del menor, criterio que debe aplicarse en todas las actuaciones que le conciernen, “lejos de configurarse como un concepto pacífico, es objeto de múltiples y diversas controversias que tienen una influencia negativa en su eficacia práctica”. Para este autor, los agentes que deciden sobre su aplicación “no operan de manera aséptica y neutral, sino que, por el contrario, en la mayoría de las ocasiones,

---

<sup>781</sup> Sala Primera. STC 184/2008, de 22 de diciembre de 2008. Recurso de amparo 3321-2007 promovido por la asociación Coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, en grado de apelación, inadmitió su demanda contra el Delegado del Gobierno en Madrid sobre la repatriación de un menor a Marruecos (STC 183/2008). Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): falta de legitimación activa de una asociación apreciada ignorando su legítimo interés, y que impide obtener un pronunciamiento judicial sobre las vulneraciones aducidas a los derechos fundamentales de un menor de edad.

<sup>782</sup> López Azcona, A. (2006). *Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 02 de Marzo de 2013, de [www.icam.es/docs/ficheros/200607250008\\_6\\_16.doc](http://www.icam.es/docs/ficheros/200607250008_6_16.doc) p. 5.

aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideología, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño”<sup>783</sup>.

Sin embargo, según Rivero, aunque el interés del menor en nuestro sistema jurídico, y en otros, constituye “un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud pero, con el que intenta definir o delimitar un supuesto concreto, que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación”<sup>784</sup>. No obstante, no es un concepto abstracto sino operativo, que como dice el citado autor se presenta en situaciones jurídicas concretas de la vida ordinaria y real del menor ya sea “en relación con un derecho o interés suyo solo, ya enfrentado a otros intereses y en conflicto con otras personas”<sup>785</sup>.

El art. 2 de la LOPJM 1/1996 positiviza el principio del interés superior del menor, que primará “sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. En opinión de Rocamora, el inciso “En la aplicación de la presente Ley” supone limitar la aplicación jurídica del principio a las materias reguladas por la citada Ley.<sup>786</sup> Entendemos que tal interpretación podría constituir una aplicación restrictiva de la del principio.

Para facilitar la determinación de cuál es en cada caso el interés superior del menor, el Comité de los Derechos del Niño dedica la Observación General del Comité nº 14 a establecer los criterios que sirvan de orientación para concretar la aplicación del principio del interés superior del menor. En el supuesto de que la relación del menor con sus padres se vea interrumpida por

---

<sup>783</sup> Ravetllat Ballesté, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30. nº 2, pp. 89-107. p. 91.

<sup>784</sup> Rivero Hernández, F. (2000). *El interés del menor*. Madrid: Dykinson. p. 57.

<sup>785</sup> Rivero Hernández, F. (2007). *El interés superior del menor*. 2ª edición. Madrid: Dykinson S. L. p.144.

<sup>786</sup> Rocamora Fernández, A. (2012-2013). *El Plan de Acción de la Unión Europea sobre los menores extranjeros no acompañados (2010-2014) y su impacto en el ordenamiento jurídico español y catalán*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de Universitat de Barcelona: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/48430/1/ANNA%20Rocamora-uria.pdf>. p. 14.

En opinión de Rocamora, la expresión “En aplicación de la presente Ley” supone limitar la trascendencia jurídica del principio a las materias reguladas en la LOPJM y quizá, para dar seguridad jurídica, el legislador debería utilizar “En todo caso” y blindar el principio.

causa de la migración de los padres sin el menor o del menor sin sus padres, “la preservación de la unidad familiar debería tenerse en cuenta” al determinar el interés superior del menor en las decisiones relativas a la reunión familiar<sup>787</sup>.

La jurisprudencia del TEDH, “por su fuerza vinculante”, ha sido fundamental para la concreción y salvaguarda del principio pues “ha ido concretando el contenido del amplio e indefinido concepto interés superior del menor”<sup>788</sup>.

En la STEDH de 18 de junio de 2013, asunto R.M.S. c. España, se evidencia la difícil labor de juzgar y decidir sobre unos hechos, ponderando intereses enfrentados de las partes, para concretar cuál es el interés superior del menor en ese contexto determinado. La demandante alega “la violación de los artículos 8 y 14 del Convenio, quejándose de haber sido privada de todo contacto con su hija, y separada de ella injustamente”. El Tribunal se encuentra en este caso “en presencia de intereses a menudo de difícil conciliación, a saber, los de la niña y los de su madre, no obstante, el interés superior de la niña debe ser considerado primordialmente (*Moretti y Benedetti*, anteriormente citado, § 67)”. El TEDH aprecia radicalidad en la adopción de medidas por la Administración española; faltas graves de diligencia de la Autoridad encargada de la tutela; y que la situación en la que de hecho se encuentra la niña no la considera reversible, por lo que desestima la demanda de la madre biológica<sup>789</sup>.

---

<sup>787</sup> VV.AA. (29 de Mayo de 2013). *Observación general nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3.1)*. Recuperado el 12 de Noviembre de 2013, de Convención de los Derechos del Niño: [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf)

p. 20. En cuanto al procedimiento para determinarlo, el Comité previene que al evaluar el interés superior del menor “en cada caso concreto y sus circunstancias”, los elementos que intervienen en su ponderación pudieran entrar en conflicto. Recomienda, que por tener cada niño sus propias características, la evaluación de sus necesidades solo puede hacerse adecuadamente por “profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente”. En las argumentaciones jurídicas a fin de demostrar que se ha respetado el derecho que el menor tiene a que su interés superior se evalúe y constituya la consideración primordial, cualquier decisión sobre el menor “debe estar motivada, justificada y explicada”

<sup>788</sup> Díez Morrás, F. J. (10 de Diciembre de 2012). Indefinición del interés superior de menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección. *REDUR*, pp. 95-104. p. 102.

<sup>789</sup> *Ibíd.* pp. 95-104.



El Presidente del TEDH, el mayo de 2001, subraya que, desde luego, la CDN no es directamente revisada por el Tribunal, pero constituye una fuente importante de inspiración y una clave para adjudicar los casos, principalmente, cuando atañen al art. 8 CEDH, y que en la jurisprudencia del Tribunal, el principio de dar prioridad a la salvaguarda del interés superior del niño está firmemente establecido y ha sido invocado en muchos contextos diferentes a lo largo de los años, comenzando por la reunión de los niños para cuidar de sus padres<sup>790</sup>.

El TEDH se ha pronunciado sobre el interés superior del menor en varias sentencias, desde el 1996, en el caso *Nsona c. Holanda*, en el que el Tribunal admite la legalidad del rechazo en la frontera y su retorno al país de origen si el menor es atendido y no presenta riesgo su seguridad, hasta el 2008, asunto *Saadi c. Italia*, en el que declara no procedente la devolución del menor a su país de origen si se le expone a un riesgo de maltrato<sup>791</sup>.

---

El TEDH observa que la decisión de la Delegación Provincial, de 1 de febrero de 2006, en la que ratifica la situación de desamparo de la niña, “estaba literalmente fundada en los mismos argumentos ya desarrollados en su anterior decisión del 25 de agosto de 2005 y en el mismo informe de **la trabajadora social A.L.N.**”. A la vista de esta y otras consideraciones, “el TEDH constata la existencia de unas faltas graves de diligencia en el procedimiento llevado a cabo por las Autoridades responsables de la tutela, de la entrega de la niña y de su adopción eventual (*K.A.B. c. España*, antes citado, § 104)”.

El TEDH señala “que las Autoridades administrativas españoles hubieran debido contemplar otras medidas menos radicales que la de tomar a su cargo a la niña”. Además, que el informe de seguimiento de 29 de marzo de 2011 del Servicio de Protección de Menores, ha demostrado que después de casi seis años que se la separara de la demandante, la niña estaba bien integrada en su familia de acogimiento, por lo que para el Tribunal, el paso del tiempo ha tenido como efecto hacer muy difícilmente reversible una situación que se hubiera podido enmendar con otros medios que no fueran la separación y la declaración de la niña en situación de desamparo.

<sup>790</sup> Trombetta-Panigadi, F. (2013). *International Courts and the Development of International Law*. En Boschiero, N. et al. *The European Court of Human Rights and the best interests of the child in the recent Case Law on international abduction*. The Hague: Asser Press. pp. 605-606.

<sup>791</sup> Díez Morrás, F. J. (10 de Diciembre de 2012). Indefinición del interés superior de menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección. *REDUR*, pp. 95-104. p. 103.

- *Nsona c. Holanda*, sentencia de 26 de junio y 26 de octubre de 1996. Admite la legalidad del rechazo en frontera y el retorno de los menores a su país siempre que el menor esté atendido y no haya riesgo para su integridad.

- *Bronda c. Italia*, sentencia de 9 de junio de 1998. Está justificada la separación del menor de su familia de origen.

- *E. P. c. Italia*, sentencia de 16 de noviembre de 1999.

- *Samy c. Holanda*, sentencia de 18 de junio de 2002: Antes de iniciar un procedimiento de alejamiento de menores las autoridades deben asegurarse de la posibilidad de ejecutar la medida y evitar privaciones provisionales de libertad.



El Tribunal Supremo en su sentencia N° 823/2012, de 31 de enero de 2013, resuelve el recurso de casación cuyo objeto es “determinar si la decisión adoptada en ambas instancias ha tenido en cuenta ese interés superior del niño, de aplicación obligatoria, en el momento en que se dictan, partiendo para ello de la norma que se dice infringida en el motivo –artículo 776.3 LEC”<sup>792</sup>.

Para el Tribunal, lo que debe primar es el interés del menor, con independencia del reproche que se pudiese realizar del comportamiento de la progenitora custodia (romper el compromiso del régimen de visitas adquirido con el otro progenitor).

Para el menor, dice el voto particular que se acepta, “supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y de imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce”.

El Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por el progenitor del menor contra la progenitora custodia, a pesar de haber incumplido ésta el art. 776.3 LEC, porque este precepto constituye un elemento para determinar el interés superior del menor, pero no en el presente caso.

---

-*D. c. Reino Unido y BB. c. Francia*, sentencia de 7 de octubre de 1998. En expulsiones de menores delincuentes hay que valorar que no puedan ser objeto de persecución, violación de derechos o malos tratos en su país.

-*Benjamin Gnahoré c. Francia*, sentencia de 19 de septiembre de 2000.

-*Boultif c. Suiza*, septiembre de 2001.

-*Sen c. Holanda*, 21 de diciembre de 2001

-*Tuquabo-Tekle and others c. Holanda*, 1 de diciembre de 2005.

-*Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, sentencia de 12 de octubre de 2006.

La expulsión de una menor de edad supuso un trato inhumano y degradante por no haberse considerado la situación real que se iba a encontrar a su regreso.

-*Maslov c. Austria*, sentencia de 23 de junio de 2008. Joven delincuente de origen búlgaro que reside en Austria y es expulsado por la comisión de varios delitos. § 58 y 82. (The Court considers that where offences committed by a minor underlie an exclusion order regard must be had to the best interests of the child... It underlined that the best interests and well-being of the children, in particular the seriousness of the difficulties which any children of the applicant were likely to encounter in the country to which the applicant was to be expelled, was a criterion to be taken into account when assessing whether an expulsion measure was necessary in a democratic society).

-*Saadi c. Italia*, sentencia de 28 de febrero de 2008. No se debe devolver a nadie a su país de origen si se le expone a un riesgo de maltrato.

<sup>792</sup> Art. 776.3 LEC: "El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas".

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el ATC de 1 de febrero (RTC/2001/28), la LOPJM 1/1996 y los textos internacionales sobre la protección del menor a los que remite el art. 39.4 CE, han elevado el interés superior del menor “en último término, en norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia en el Ordenamiento jurídico español (SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996, 114/1997 y 141/2000)”<sup>793</sup>.

## **II. MENAS ENTRE LA ACOGIDA Y LA DESPROTECCIÓN**

### **1. La integración del MENA en los centros de acogida**

En la sociedad actual existe un consenso generalizado, concretado en declaraciones y convenios, de que los menores son sujetos de derecho y de la obligación que recae sobre las personas, las instituciones públicas y las organizaciones sociales de contribuir a garantizar los derechos de los menores<sup>794</sup>.

La protección de los derechos fundamentales en los países occidentales deriva de las exigencias de la dignidad, libertad e igualdad de la persona y, su tutela, es elemento constitutivo y “necesario para la propia definición estatal, como Estado Democrático y de Derecho”. En cambio, en otras culturas, como en el mundo islámico, la tutela de los derechos a partir de los valores laicos esenciales dignidad, libertad e igualdad “escapan en cierta medida al ordenamiento jurídico del Estado, en cuanto quedan condicionados por la existencia de la «*Sharia*», como verdad y límite último absoluto del sistema de derechos” en los ámbitos familiar y personal<sup>795</sup>.

En España, la LOPJM 1/1996 complementa la regulación del CC en materia de protección del menor. El art. 12 LOPJM señala que “la protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios

---

<sup>793</sup> Sánchez Jiménez, M. Á. (2010). Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados. *Fundación Mariano Ruíz Funes*, pp. 119-143. p. 120.

<sup>794</sup> Núñez Rivero, C. y. (2011). La Protección del Menor desde un Enfoque del Derecho Constitucional. *Revista de Derecho UNED*, nº 9, 2011, pp. 261-294. p. 263.

<sup>795</sup> *Ibíd.* p. 264.

adecuados a tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley”<sup>796</sup>.

Establecida y garantizada jurídicamente la protección del menor, la integración social y cultural del MENA comienza por su acogida en un centro, lo que da inicio a su itinerario en el sistema de protección. No obstante, para la mayoría de ellos, “su objetivo no es permanecer en los centros de acogida de menores sino encontrar un trabajo”. Habida cuenta de la movilidad geográfica del MENA, una dificultad añadida a la integración es “la falta de coordinación entre las distintas administraciones autonómicas” y “la escasa cooperación entre la Administración autonómica y la Administración General del Estado”. A diferencia de los menores extranjeros acompañados, con los que la intervención es eficaz, las dificultades para la integración y adecuado desarrollo de los MENAS son enormes “a pesar de los esfuerzos realizados por las administraciones públicas y las autonómicas en particular”<sup>797</sup>.

El procedimiento de acogida del menor en el centro debe estar establecido y desarrollado de forma tal que se encuentre en un ambiente familiar, tenga en cuenta sus necesidades inmediatas para atenderlas conforme cada menor requiera, y se encuentre aliviado de la carga emocional que ha supuesto su viaje. La actuación inicial con el menor se realiza en varios días conforme al protocolo establecido mediante la intervención del personal correspondiente<sup>798</sup>.

---

<sup>796</sup> Ramos Sánchez, A. (2006). *El Ministerio Fiscal en el área de protección de menores*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheaderna me1 p.107>.

<sup>797</sup> VV.AA. (2005). *Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España 10-19 de marzo de 2005 a la atención del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria*. Madrid: Defensor del Pueblo. p.31.

<sup>798</sup> Cabrera Medina, J. C. (2008). *El fenómeno de la emigración de menores. Análisis desde la Provincia de Cádiz (2002-2007)*. Cádiz: Diputación Provincial de Cádiz.

p. 32 y ss. Cuando se produce el ingreso de un menor, el educador y el mediador intercultural acuden a la recepción para recibirlo.

Primer día: recepción del menor. Información sobre su situación en el centro, asistencia sanitaria, higiene, alimentación que precise, inventario de pertenencias, procurarle un ambiente tranquilo sin que le molesten otros menores

Segundo día. Recopilación de datos del menor, conocimiento de compañeros, mediador, educador, monitor. Entrevista personal con el mediador intercultural para conocer los datos sobre su familia y modo de contactar con ella, entorno social, motivaciones para emigrar,

Tras la entrevista personal con el menor se trata de establecer contacto telefónico con sus padres o algún familiar del menor, con objeto de recabar datos de sus familiares directos que residen en Europa, sobre aspectos sanitarios y ocupación del menor y otros datos familiares. Finalizada la entrevista telefónica con la familia se le marca el número de teléfono para que, esta vez, sea el menor el que hable con su familia estando presente el mediador cultural. Si la familia o el menor lo hubiesen facilitado, se llama a algún familiar residente en Europa para anunciarle que el menor se encuentra en el centro y si está dispuesto a hacerse cargo de él informándole, en caso de respuesta afirmativa, de la documentación que el menor precisa y el procedimiento a seguir para su envío<sup>799</sup>.

Una parte de los menores extranjeros no acompañados que llegan a España logran pasar desapercibidos para el sistema de protección a la infancia. La cara oculta de los MENAS se manifiesta en los menores que no son atendidos por el sistema de acogida y protección, bien sea por decisión propia, porque el sistema no los detecta o porque los expulsa. En el caso de los varones que viven en la calle, son generalmente de origen marroquí que, en el circuito de la marginación, están expuestos al consumo de drogas, a actividades delictivas, a la prostitución o a la explotación laboral<sup>800</sup>.

La localización del menor extranjero no acompañado es, pues, la primera tarea que se debe realizar para que inicie su proceso de acogida. A pesar de que se conoce la existencia de menores no acogidos, éstos logran pasar desapercibidos por su movilidad, el apoyo de la familia extensa o del grupo de iguales, y otros procedimientos. En el estudio realizado en Barcelona, los perfiles de los MENAS no protegidos resultaron ser menores que viven con

---

conocimiento que tenga sobre España, familiares en España, deseo de quedarse en España o regresar a su país. Tras la entrevista, se toma contacto telefónico con sus padres o algún familiar.

A partir del tercer día se realiza el proceso de documentación del menor. Tras la documentación del menor para integrarse en el programa diario del centro.

<sup>799</sup> Cabrera Medina, J. C. (2008). *El fenómeno de la emigración de menores. Análisis desde la Provincia de Cádiz (2002-2007)*. Cádiz: Diputación Provincial de Cádiz. pp. 36-37.

<sup>800</sup> VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación. p. 7.

la familia extensa bajo acuerdos privados de acogimiento, menores errantes que se procuran sus propios medios y los MENAS víctimas de la trata<sup>801</sup>.

Los menores que migran solos son conocidos en toda Europa por su errancia. Su proyecto de vida se sitúa entre el país de origen y el de acogida. En su itinerario migratorio territorial utilizan sus redes de iguales y los vínculos afectivos con su familia extensa, creando numerosas relaciones entre el “aquí y el allí”, y manteniendo ambos lugares presentes en su vida. La movilidad de los MENAS no se limita al territorio de un país, pues, vulnerando las fronteras pueden llegar a cruzar varios países. Si son retornados, algunos vuelven a intentar la emigración, habiendo quienes han repetido la experiencia varias veces. La característica que comparten los MENAS en Europa es la movilidad espacial<sup>802</sup>.

Las MENAS no detectadas por el sistema de protección constituyen una novedad dentro del grupo de MENAS al margen del sistema de protección porque presentan problemática propia. A su situación de desprotección se añade que son ocultadas con fines de explotación, lo que lleva a su invisibilidad e impide que su condición de desamparo sea percibida y remediada.

El perfil de estas menores ha ido cambiando desde principios de los años 2000 hasta la actualidad motivado por el incremento de su número, la diversidad de la procedencia y la utilización de nuevos procedimientos para hacerlas pasar inadvertidas al sistema de protección. Elementos que diferencian la migración de las MENAS con respecto a los chicos migrantes son la dimensión de género, los espacios a los que las menores acceden y la

---

<sup>801</sup> Senovilla Hernández, D. y. (2013). *Menores Extranjeros no Acompañados y sin Protección en Europa*. Recuperado el 13 de Mayo de 2014, de Promoting unaccompanied Children's Access to Fundamental Rights in the European Union: [www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf](http://www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf). p. 59.

<sup>802</sup> VV.AA. (Diciembre de 2008). *Informe monográfico a la Junta General del Principado de Asturias. La protección de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Procuradora General del Principado de Asturias: <http://www.integralocal.es/upload/File/Informe%20monogr%C3%A1fico%20elaborado%20por%20la%20Procuradora%20General%20del%20Principado%20de%20Asturias%20sobre%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20menores%20extranjeros%20no%20acompa%C3%B1ados%20en%20Asturia.pdf>. p. 24.



mayor dificultad de su detectabilidad en los ambientes en los que están sometidas a explotación laboral o sexual<sup>803</sup>.

Los estudios posteriores de 2008 indican que, en la muestra analizada, la edad de las MENAS está comprendida entre los 14 y los 18 años, proceden de países del Este de Europa, América Latina y Marruecos. A diferencia de los menores, mayoritariamente marroquíes, las menores son en su mayoría del Este de Europa y en menor número latinoamericanas y africanas. En cuanto a la participación de la menor en la elaboración del proyecto migratorio puede ser, como en el caso de los menores, individual o consensuado con la familia<sup>804</sup>.

Las MENAS nigerianas carecen normalmente de documentación porque se la han robado o falsificado, lo que no les permite identificarse y poder salir de la situación de secuestro efectivo en el que viven. Según varios trabajos de campo realizados del 2001 al 2006, se ha experimentado un rejuvenecimiento en la edad de las que ejercen como prostitutas, dato que confirman los cuerpos policiales especializados y las entidades y organizaciones que atienden a estas chicas<sup>805</sup>.

Con el pequeño grupo de los menores que viven en la calle en su país de origen, y que continúan en España haciendo de ésta su forma de vida, se han puesto en marcha en Madrid y Barcelona programas de “Educación de calle” mediante los que se intenta atraerlos al sistema de protección a través de la educación informal<sup>806</sup>.

---

<sup>803</sup> Trujio Vega, M. A. (2008). Las niñas y adolescentes que emigran solas a España. ¿Un nuevo fenómeno social? *El carácter universal de la educación intercultural. Actas de las I Jornadas Internacionales y VI sobre diagnóstico y orientación* (pp. 164-168). Jaén: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaen. p.163.

<sup>804</sup> Trujio Vega, M. A. (2008). Las niñas y adolescentes que emigran solas a España. ¿Un nuevo fenómeno social? *El carácter universal de la educación intercultural. Actas de las I Jornadas Internacionales y VI sobre diagnóstico y orientación* (pp. 164-168). Jaén: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaen. p.164.

<sup>805</sup> Hadjab Boudiaf, H. (2011). Entender el fenómeno de los llamados "menores extranjeros no acompañados". En F. J. García Castaño y N. Kressova (coords.) . *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 925-934). Granada : Instituto de Migraciones. p. 933.

<sup>806</sup> Bravo Rodríguez, R. M. (27 de Octubre de 2005). *La situación de menores no acompañados en España*. Recuperado el 07 de Diciembre de 2013, de Consejo de Europa:



Pasamos a analizar cómo se realiza el acogimiento de los MENAS en España

### **A. El acogimiento residencial en España**

Como respuesta a la necesidad de asistencia a los niños abandonados y desprotegidos, ha estado vigente durante muchos siglos el acogimiento residencial, que ha recibido diferentes denominaciones, Casa de Expósitos, de Misericordia, Casas Cuna u Hospicios. La atención a la infancia desprotegida recibía por parte del Estado una respuesta única y universal que consistía en poner al niño en una institución para cubrir sus necesidades más elementales, motivadas por carecer de familia o por las deficiencias de atención que recibía. La medida institucional fue, hasta mediados de los años ochenta, la solución predominante. Las grandes inversiones en instituciones realizadas por los organismos responsables de la protección de la infancia fue la característica de la época anterior a la asunción de las competencias de atención social por parte de las comunidades autónomas<sup>807</sup>.

Una vez que las CCAA se hicieron cargo de la competencia exclusiva del sistema público de servicios sociales la situación cambió de forma radical. La LOPJM 1/1996 estableció dos modelos de acogimiento de los menores que requiriesen cuidado sustitutivo de su propia familia: el de tipo familiar y el del tipo residencial. También se implantaron medidas de intervención y apoyo familiar, y el refuerzo de la adopción como medida de protección para que los menores pudieran gozar de una nueva familia. En el contexto de la protección, el acogimiento residencial es una posibilidad entre otras y pierde el carácter de respuesta única e institucional<sup>808</sup>.

---

[http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/MG-RCONF\\_2005\\_11](http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/MG-RCONF_2005_11)  
pp. 9-10.

<sup>807</sup> Bravo Arteaga, A. e. (2010). *Revisión de actuaciones llevadas a cabo con menores extranjeros no acompañados en el Estado Español*. Recuperado el 28 de Noviembre de 2014, de Observatorio de la Infancia de Asturias: <http://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/documentos/menas.pdf> p. 11

<sup>808</sup> *Ibíd.* p. 12.

En la evolución del acogimiento residencial se pueden distinguir tres fases, con sus correspondientes modelos: Modelo institucional, el familiar y el especializado. A este último modelo responden los Hogares para menores extranjeros no acompañados. La creciente

La obligación de la Administración Pública de proteger a todo menor que se encuentra en territorio español la establece el art. 10 de la LOPJM 1/1996 “los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas la protección y asistencia necesaria para garantizarles el respeto de sus derechos y el desarrollo de su personalidad”. La STC 141/2000, de 29 de mayo, avala este precepto al declarar que la CDN, la Carta Europea de los Derechos del Niño conforman junto con la LOPJM 1/1996, conforman “el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 39 de la CE, muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”<sup>809</sup>.

La aparición de menores extranjeros no acompañados en los últimos años, ha supuesto para todas las comunidades autónomas, como la de Valencia, “la necesidad de efectuar cambios en el sistema de protección de menores aumentando el número de recursos y plazas para su atención así como la adecuación de procedimientos y protocolos que permitieran atender las necesidades específicas de aquéllos”<sup>810</sup>.

Para otras comunidades, como la de Madrid, el incremento de inversión para atender a los menores extranjeros ha supuesto el correspondiente decremento en los menores nacionales. “No es menos cierto que, en los últimos cinco años el número de medidas que tienen como destinatario menores nativos se ha reducido en la misma proporción que han aumentado las medidas a menores de origen extranjero un 11 el problema en términos de %” y que “si bien la población infantil inmigrante representa en torno al 18% de la población infantil de la CM, su incidencia en el sistema de protección es de

---

presencia de los MENAS y sus necesidades específicas, implica la presencia de personal especializado en los centros, que conozca el idioma y las pautas culturales de estos menores

<sup>809</sup> Pous de la Flor, M. P. (05 de Abril de 2006). *La protección pública de los menores extranjeros en situación de desamparo*. Revista de Ciencias Jurídicas Nº 110 , pp. 13-35. p. 19.

<sup>810</sup> VV.AA. (25 de Julio de 2012). *Menores Extranjeros no Acompañados*. Recuperado el 17 de Mayo de 2014, de Síndic de Greuges Comunitat Valenciana: <http://www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf> p. 1.

un 37,1%”, siendo los menores rumanos y magrebíes los que representan el mayor porcentaje<sup>811</sup>.

Este problema ha tenido repercusión en el ámbito estatal, pues, para hacer frente a la saturación de los recursos personales y materiales en que se encontraban los centros de acogida de la Comunidad Autónoma de Canarias, la Subdirección General de Infancia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el 8 de septiembre de 2006, elaboró un informe sobre la intervención a seguir con los MENAS que estaban llegando a la citada comunidad insular, con objeto de su redistribución a otras de la Península. El Programa Especial para el Traslado y Atención de MENAS desplazados desde Canarias se justificaba en el principio de solidaridad. La financiación correría a cargo del Estado a razón de 80 € por MENA y día. La Comunidad Foral de Navarra acogió, conforme al convenio, a 10 menores en régimen de residencia<sup>812</sup>.

En el marco del citado Programa Especial para el Traslado y Atención de MENAS desplazados desde Canarias, la Dirección General de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Cantabria decide, a partir de octubre de 2006, asumir la tutela de todos los menores extranjeros no acompañados con expediente de protección abierto y de todos los menores que vayan ingresando en el Centro de Primera Acogida<sup>813</sup>.

---

<sup>811</sup> García Ferrer, J. J. (2006). *Políticas públicas para los menores en riesgo y desamparo de la Comunidad de Madrid*. Recuperado el 02 de Enero de 2015, de Consejería de Familia y Asuntos Sociales: En Barranco Avilés, M<sup>a</sup> C y García Ferrer, J. J. Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños. <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheaderna me1> p. 59.

<sup>812</sup> VV.AA. (16 de Octubre de 2008). *Defensor del Pueblo de Navarra. La situación de los menores extranjeros no acompañados en la Comunidad Foral de Navarra*. Pamplona: Parlamento de Navarra.

El Plan de Acción anexo al convenio fijaba los elementos básicos del programa, número de menores, la edad superior a 16 años, con posibilidad de acceder al permiso de residencia, la tutela a cargo de la comunidad autónoma, delegando la guarda y custodia en la entidad gestora.

<sup>813</sup> VV.AA. (2007). Consejería de Empleo y Bienestar Social. La Protección de los Menores Extranjeros no Acompañados en Cantabria. *Colección de Estudios Sociales nº 6*. Santander: Gobierno de Cantabria. p.80.

## B. Inicio del proceso de acogida del menor

La actuación con el menor, en su proceso de acogida, se inicia como sigue. En el caso de que sea detectado un menor no acompañado por los CFSE o por otra persona, cuya edad no ofrezca duda por razón de su documentación o de su apariencia física, será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competente, hecho que se comunicará al Ministerio Fiscal, art. 190 RELOEX 557/2011. A partir de este momento el menor estará acogido en la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. Es la minoría de edad del extranjero, no el lugar de su localización, lo que determina la aplicación de la normativa de extranjería, como así lo confirma la jurisprudencia<sup>814</sup>.

La Delegación o Subdelegación de Gobierno competente, con la información recibida del Ministerio Fiscal y la que recabe del centro en que esté acogido el menor, llevará a cabo los trámites correspondientes para la repatriación del menor, art.191 RELOEX 557/2011. Una vez acreditada la imposibilidad de repatriación del menor se procederá a otorgarle la autorización de residencia, art. 196.1 RELOEX 557/2011.

Instrumento básico esencial para iniciar el proceso de acogida del MENA es el plan de caso diseñado para su protección integral que deberá contar con la participación activa del menor. Abarca la resolución de desamparo, la acogida y la asunción de la tutela por la comunidad autónoma. Es el documento indicativo para proporcionar al menor la asistencia que precise hasta propiciar un entorno seguro que le permita adquirir las habilidades necesarias para su desarrollo integral<sup>815</sup>.

---

<sup>814</sup> Sánchez Jiménez, M. Á. (2010). Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados. *Fundación Mariano Ruíz Funes*, pp. 119-143.

p. 121. La SJCA núm. 10 de Madrid, de 8 septiembre 2008, que resuelve el recurso presentado por la denegación de entrada y consecuente retorno de un menor en el Aeropuerto de Barajas. El Juzgado estima el recurso por entender que sólo procedía aplicar el art. 35 de la LOEX, que no permite adoptar otra medida diferente a la repatriación. La STSJ Andalucía (Sala de lo CA, Secc.1ª), de 16 abril 2007, (JUR/2007/367675) resolvió en el mismo sentido. El Tribunal estima la improcedencia de la medida de la devolución del menor que había sido interceptado en una patera encontrada en alta mar.

<sup>815</sup> Fuentes Sánchez, R. (2014). Menores Extranjeros No Acompañados [MENA]. *AZARBE. Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* nº 3, pp. 105-111.

El plan de caso recoge las principales decisiones adoptadas sobre el menor tras finalizar la valoración inicial que realiza el centro que acoge por primera vez al menor. Se estructura en una serie ordenada de decisiones para facilitar el trabajo analítico y la visión de conjunto, permitiendo que unas decisiones se apoyen en otras. El plan de caso inicial debe recoger información sobre los siguientes aspectos: datos de identificación del menor y su familia; finalidad de la Intervención con el menor; objetivos generales a conseguir con él; medida legal de protección que se debe adoptar y condiciones para su aplicación y otras intervenciones necesarias<sup>816</sup>.

Son los equipos técnicos de las secciones de infancia de las comunidades autónomas los que se encargan de diseñar y velar por el cumplimiento de los planes de caso<sup>817</sup>.

El plan de caso sirve para trazar el itinerario formativo del MENA. Deberá contener las medidas para la protección integral del menor a corto y medio plazo, y no se debería romper aunque sea trasladado de centro o de autonomía evitando malgastar tiempo, recursos y causar inseguridad al menor.

---

p.110. En opinión de Fuentes Sánchez: “todos los profesionales que intervienen en el Plan de Caso conozcan no solo los factores de migración en general del Colectivo MENA, sino también poder llegar a saber los *costes del viaje* que cada MENA ha vivido (las situaciones duras de supervivencia, abusos y agresiones sexuales, sobre todo a niñas, la exposición a que caigan en las redes de organizaciones criminales de trata de personas y las situaciones de estrés y crisis por las que pasan), necesario para entender las pautas de conducta de cada MENA.

<sup>816</sup> VV.AA. (2004). *Departamento de Asuntos Sociales. Guía de actuación para los Servicios Sociales dirigidos a la infancia en el Territorio Histórico de Álava*. Recuperado el 09 de Diciembre de 2014, de Diputación Foral de Álava: <https://www.alava.net/cs/Satellite?...cast>.

p. 324. En la Comunidad Foral de Álava, con la información recogida del menor, el centro residencial elaborará un plan de caso, que tendrá en cuenta las necesidades específicas del menor de que se trate, prestando especial atención a la motivación de su proyecto migratorio, estableciendo dos grupos: uno, menores cuya intención es la búsqueda de estabilidad laboral y personal y, muestran una buena disposición para recibir apoyo; otro, menores que han emigrado por motivos que presentan serios problemas a los servicios de atención a la infancia y, su disposición a recibir apoyo no es la adecuada. Estos menores pueden mostrar graves alteraciones de conducta, rechazo a la ayuda que se les proporciona, esperan recibir beneficios inmediatos cuantificables y, otros problemas.

<sup>817</sup> Bravo Arteaga, A. e. (2010). *Revisión de actuaciones llevadas a cabo con menores extranjeros no acompañados en el Estado Español*. Recuperado el 28 de Noviembre de 2014, de Observatorio de la Infancia de Asturias: <http://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/documentos/menas.pdf> pp. 92-93.



En su elaboración, como se ha señalado, debería participar el propio menor para fijar los objetivos de su proyecto<sup>818</sup>.

No hay coincidencia en la terminología utilizada para designar a los organismos que realizan funciones idénticas en las CCAA. Por ejemplo, en la Comunidad Valenciana el acogimiento residencial del menor se acordará por las Direcciones Territoriales competentes en materia de protección de menores, cuando éste sea el recurso más adecuado conforme al principio del interés superior del menor. En cada una de las Direcciones Territoriales competentes en materia de protección de menores se constituirá una Comisión Técnica de Menores como órgano de carácter colegiado e interdisciplinar que ejercerá las funciones atribuidas, entre ellas, la vigilancia de los centros<sup>819</sup>.

En la Comunidad Foral de Álava corresponden al Área del Menor y Familia las funciones relacionadas con el MENA, que serán realizadas desde la Unidad de Acogimiento Residencial<sup>820</sup>.

La disposición de los MENAS para integrarse en la sociedad es variable. En una encuesta realizada a una muestra de 56 MENAS en el País Vasco, se obtuvieron datos sobre los primeros días de su estancia en la comunidad antes de ingresar en un centro. De los MENAS entrevistados respondieron al tema planteado 25, de estos 11 eran marroquíes, 11 subsaharianos y 3 de otras nacionalidades. El 32% de ellos fueron directamente al centro de acogida, el

---

<sup>818</sup> Fuentes Sánchez, R. (2014). Menores Extranjeros No Acompañados [MENA]. *AZARBE. Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* nº 3, pp. 105-111. p.110.

<sup>819</sup> Martínez Agut, M. d. (Enero de 2010). *Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana*. Recuperado el 09 de Diciembre de 2014, de Quaderns Animació: [quadernsanimacio.net/ANTERIORES/once/menor.pdf](http://quadernsanimacio.net/ANTERIORES/once/menor.pdf). p. 9.

<sup>820</sup> VV.AA. (2004). *Departamento de Asuntos Sociales. Guía de actuación para los Servicios Sociales dirigidos a la infancia en el Territorio Histórico de Álava*. Recuperado el 09 de Diciembre de 2014, de Diputación Foral de Álava: <https://www.alava.net/cs/Satellite?...cast>.

p. 320: “La atención a las y los menores de edad extranjeros no acompañados se realizará desde la Unidad de Acogimiento Residencial. Las funciones a desarrollar con estas y estos menores son las propias de cualquier Servicio de Protección a la Infancia, incluyendo algunas particularidades. En concreto, son las siguientes:

- Recepción de menores extranjeros no acompañados.
- Adopción de medidas de protección urgentes para estas o estos menores después de la comprobación de su edad, y antes si fuera necesario.
- Coordinación de las intervenciones realizadas con el caso por las distintas instituciones competentes, una vez tenga expediente abierto en el Área.
- Valoración de la situación de la o el menor y elaboración del Plan de Caso.
- Coordinación de la ejecución del Plan.”



52% vivía en la calle, el 8% en el domicilio de un familiar y otro 8% en el de un compatriota<sup>821</sup>.

En la Comunidad Andaluza, en la que la mayoría de los MENAS son de origen magrebí, la deficiente integración del menor en el centro se manifiesta en diversas conductas como el comportamiento violento, la conflictividad con el personal del mismo o, en menor medida, con menores de otras nacionalidades, el destrozo de las instalaciones o bienes del centro, y el abandono del mismo, que es la más común. El abandono del centro no es consecuencia de la falta de integración si no que es, precisamente, esa rápida fuga la que impide que los mismos lleguen a integrarse<sup>822</sup>.

### C. La atribución de la competencia para acoger a los MENAS

Pasamos a analizar cómo se ha realizado la asignación de competencias a las CCAA con respecto al menor. La reforma del CC efectuada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, asigna a las entidades públicas de protección que en cada comunidad tengan encomendada la función de protección del menor dar respuesta inmediata a las necesidades que estos susciten, en especial, cuando se encuentre en situación de riesgo o desamparo. En consecuencia, las comunidades autónomas han desarrollado su propia normativa sobre esta materia por lo que se siente la necesidad de una disposición general que armonice las legislaciones autonómicas<sup>823</sup>.

---

<sup>821</sup> Quiroga, V. e. (2009). *Sueños de bolsillo. Menores migrantes no acompañados en el País Vasco*. Recuperado el 03 de Diciembre de 2014, de Servicio Central de Publicaciones del País Vasco: [http://www.gizartelan.ejgv.euskadi.net/r45-continm/es/contenidos/informacion/2499/es\\_2212/adjuntos/Sue%C3%B1os%20de%20bolsillo%20Castellano.pdf](http://www.gizartelan.ejgv.euskadi.net/r45-continm/es/contenidos/informacion/2499/es_2212/adjuntos/Sue%C3%B1os%20de%20bolsillo%20Castellano.pdf) p. 193.

<sup>822</sup> Lafuente Castellano, E. M. (2009). *Menores Inmigrantes No Acompañados [MENAS]*. Recuperado el 21 de Abril de 2015, de Universitat Jaume I: [repositorios/xmlui/bitstream/10234/77768/1/forum\\_2009\\_36.pdf](http://repositorios.xmlui/bitstream/10234/77768/1/forum_2009_36.pdf). p. 498.

La integración de estos menores en España no es fácil, les cuesta adaptarse, los centros de protección informan claramente a los menores, tras su ingreso, sobre las reglas que tiene el propio centro y una serie de habilidades sociales que poco a poco irán adquiriendo.

Por otro lado, en los centros de acogida inmediata las fugas de menores son siempre más numerosas que en los centros de acogida residencial, debido a la falta de información e incertidumbre. Parece existir una relación positiva entre la permanencia en el centro de acogida, la integración y la ausencia de conflictividad del menor.

<sup>823</sup> Ramos Sánchez, A. (2006). *El Ministerio Fiscal en el área de protección de menores. Nota de la intervención realizada en el Seminario sobre "El Derecho y los Derechos de los niños" celebrado los días 7 a 10 de diciembre de 2005 en la Universidad de Alcalá de Henares de*

Es a la Administración General del Estado y a las administraciones de las comunidades autónomas, a quienes corresponde establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, para atribuirles la tutela ordinaria de los MENAS, art. 35.11 LOEX 2/2009, de 12 de diciembre.

Sobre los requisitos que deben reunir las entidades colaboradoras, la Disposición Adicional primera de la Ley 21/1987 admite que puedan participar en la atención a menores “las asociaciones y fundaciones no lucrativas” si han adquirido, previamente, su habilitación como instituciones colaboradoras de integración familiar. Son las CCAA las que otorgan esta habilitación. La entidad pública competente en materia de protección de menores deberá realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente, y siempre que así lo exijan las circunstancias, art. 21.3 LOPJM. Conviene insistir, una vez más, que las entidades privadas no declaran ni asumen la tutela de los menores desamparados, por ser esta responsabilidad de la comunidad autónoma. En cambio, sí asumen la responsabilidad directa de hacerse cargo inmediato de los menores desprotegidos<sup>824</sup>.

La tutela de los menores en desamparo en el País Vasco no corresponde a la CA sino a las diputaciones forales, por ser éstas las administraciones competentes en materia de protección de la infancia y la adolescencia en situación de riesgo o desamparo<sup>825</sup>. En esta comunidad diferencian entre la titularidad del centro y la responsabilidad de la gestión. En el año 1995 disponían en esta comunidad de 26 centros de titularidad pública y 37 de titularidad privada<sup>826</sup>.

---

Madrid, en Barranco Avilés, M<sup>a</sup> C y García Ferrer, J. J. *Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños*. Instituto Madrileño del Menor y la Familia. 2006. <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheaderna me1>. p. 108.

<sup>824</sup> Ibídem. p. 109-110.

<sup>825</sup> VV.AA. (2011). *Infancias vulnerables. Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco*. Vitoria: Ararteko. p. 95.

<sup>826</sup> Ibídem.

p. 75. Distribución de la gestión: 18 centros eran de gestión pública, 191 plazas; 81 de gestión privada 1.137 plazas. Lo que indica que apenas el 10% de los menores pertenecían a la gestión pública.

Los centros por su tipología pueden ser: de primera acogida y centros de alojamiento de carácter general, centros específicos para MENAS, y centros para menores infractores. Además de estos centros están los hogares para menores, que en el País Vasco se conocen como hogares mixtos, que están integrados en una comunidad de vecinos<sup>827</sup>.

La clasificación general más común es la de centros de primera acogida, centros de acogida residencial, centros especiales –para los menores de características específicas, como problemas de comportamiento- y centros de emancipación para los menores de 18 que han completado su ciclo formativo<sup>828</sup>.

Como ejemplo de la diversidad entre CCAA sobre la tipología de los centros, señalamos a la Comunidad Autónoma Valenciana, cuyo Protocolo de Actuación con los MENAS describe los tipos de centros de acogida y la función de cada uno de ellos. Los centros de emancipación de esta comunidad acogen a jóvenes inmigrantes de 18 a 23 años<sup>829</sup>.

---

<sup>827</sup> Bravo Arteaga, A. e. (2010). *Revisión de actuaciones llevadas a cabo con menores extranjeros no acompañados en el Estado Español*. Recuperado el 28 de Noviembre de 2014, de Observatorio de la Infancia de Asturias: <http://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/documentos/menas.pdf> p. 94

VV.AA. (2011). *Infancias vulnerables. Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco*. Vitoria: Ararteko. p. 109.

<sup>828</sup> Etxeberria Balerdi, F. e. (11 de Mayo de 2012). *Menores inmigrantes no acompañados en Euskadi y Aquitania: elaboración y puesta en marcha de un Plan de Formación para Educadores/as y Responsables*. Recuperado el 24 de Mayo de 2014, de Portal de Educación Social: <http://www.eduso.net/res> p. 12.

<sup>829</sup> VV.AA. (Julio de 2013). *Protocolo de actuación institucional para la atención en la Comunitat Valenciana, de menores extranjeros en situación irregular indocumentados o cuya documentación ofrezca dudas razonables sobre su autenticidad*. Recuperado el 03 de Enero de 2015, de Comunitat Valenciana. Consellería de Bienestar Social: [www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf](http://www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf)

p.17. **Centros de recepción:** son establecimientos de atención inmediata y transitoria, de carácter integral, que acogen a los menores en el momento de producirse la necesidad por razones de desprotección, con el objeto de proceder al estudio de su situación personal, social y familiar, y de su entorno, para elaborar la correspondiente propuesta de medida de protección.

**Centros de acogida:** son establecimientos de atención integral y carácter educativo, que acogen a los menores durante el tiempo que determine la resolución administrativa de la que deriva su ingreso.

**Hogares funcionales:** son núcleos de convivencia para los menores de carácter similar al familiar, en los que se requiere la presencia de un responsable que resida de forma permanente en el hogar, asistido por el personal educativo adecuado al número y edades de los menores.

## 2. Los profesionales de los centros de acogida

Los recursos humanos son el principal activo de los centros de acogida. De la capacidad de su personal para hacerse cargo de la situación de los MENAS y sus carencias, de hacerles ver la nueva realidad en la que están inmersos, de formarlos en los ámbitos escolar y profesional dependerá que los menores se integren en el centro y en la sociedad. Se trata de encauzar las aspiraciones de los menores y que su impaciencia no les lleve a salir del sistema de protección y caer en la delincuencia<sup>830</sup>.

Las funciones formativas y educativas de los menores son realizadas por personal contratado o voluntario. El personal recibe denominaciones diversas según el centro y la comunidad de que se trate, pero sus funciones pueden ser homologables por su naturaleza y características.

Los profesionales de los centros tienen que realizar, además de las tareas formativas, otras que requieren preparación específica. Son los propios educadores y los responsables de los programas quienes “reclaman la necesaria formación de todos los profesionales implicados en la atención de estos jóvenes” en tareas administrativas como la tramitación de documentación, conocimiento de las pautas culturales de sus países de origen, nociones básicas del idioma y en orientación sobre la proyección de futuro de los menores<sup>831</sup>.

En cuanto al número de personal de los centros, varía entre los de dependencia pública y los concertados. Un centro de acogida de dependencia pública cuenta en plantilla con el director, los educadores y los auxiliares de los educadores. El personal no educativo está dedicado a servicios generales, administración y, en su caso, seguridad. Los centros concertados, a diferencia

---

**Centros de emancipación:** son establecimientos que ofrecen un servicio de carácter asistencial y educativo a menores de edades comprendidas, preferentemente, entre los 16 y 17 años, y a jóvenes entre 18 y 23 años que hayan salido de instituciones de acogimiento, con el objeto de iniciar un proceso de desinternamiento gradual para obtener su autonomía e integración social o de favorecer su plena autonomía personal, social y laboral.

<sup>830</sup> Cabrera Medina, J. C. (2005). *Acercamiento al menor*. Sevilla: Conserjería de Gobernación. Junta de Andalucía. p.32.

<sup>831</sup> Bravo Arteaga, A. e. (2010). *Revisión de actuaciones llevadas a cabo con menores extranjeros no acompañados en el Estado Español*. Recuperado el 28 de Noviembre de 2014, de Observatorio de la Infancia de Asturias: <http://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/documentos/menas.pdf> p. 100.

de los públicos, tienen una plantilla más reducida. Los educadores realizan funciones de atención y otras tareas de hogar. La administración corre a cargo de los servicios centrales de la fundación o asociación de quien dependan. Estos servicios centralizan los psicólogos que atienden los centros de acogida<sup>832</sup>.

Para lograr la integración del menor en el centro es esencial el entendimiento mutuo entre personal educativo y los menores, a lo que contribuye, en caso de que exista, el mediador cultural. En el centro de Nuestra Señora del Cobre de la provincia de Cádiz, diseñado para atender a 24 menores extranjeros, el personal educativo está conformado por el director, psicólogo, monitores, educadores, profesores y mediador intercultural. El mediador intercultural es vital para la labor educativa, pues, proporciona las claves concretas para ayudar a comprender la realidad cultural de los menores y contribuir al entendimiento entre éstos y el personal educativo. Por otra parte, su labor es esencial desde el primer día para lograr la comunicación del menor con su familia, recabar de esta la documentación que necesita el menor para tramitar los permisos de residencia y trabajo, y conseguir la integración armoniosa del menor con sus compañeros y en el sistema del centro<sup>833</sup>.

---

<sup>832</sup> VV.AA. (Diciembre de 2008). *Informe monográfico a la Junta General del Principado de Asturias. La protección de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Procuradora General del Principado de Asturias: <http://www.integralocal.es/upload/File/Informe%20monogr%C3%A1fico%20elaborado%20por%20la%20Procuradora%20General%20del%20Principado%20de%20Asturias%20sobre%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20menores%20extranjeros%20no%20acompa%C3%B1ados%20en%20Asturia.pdf> pp. 105-108.

<sup>833</sup> Cabrera Medina, J. C. (2005). *Acercamiento al menor*. Sevilla: Conserjería de Gobernación. Junta de Andalucía.

El mediador intercultural y sus funciones. Se implanta la figura del mediador intercultural en el centro en el año 1999. Tareas de un mediador intercultural dentro de un centro de protección de menores Servir de enlace entre el equipo directivo y la población del centro. Labores de interpretación/ Traducción. Realización a todo tipo de documentación que tenga que ver con el expediente y seguimiento del menor. Informar al menor de las normas del centro. Labores de traducción en asistencia fuera del centro: sanitarias, otros organismos. Aquí se han dado casos donde la figura del mediador se ha revelado fundamental pues a veces ciertas dolencias no eran posibles detectarlas desde el desconocimiento de la cultura del país vecino. Otras labores del mediador intercultural son: Traducción en labores extraescolares y sobre todo explicación de dichas labores extraescolares. Asistencia a los profesionales de la educación que atienden y garantizan el derecho a la educación de los menores. (art. 10.3 de la Ley del Menor). Formación equipo educativo: Curso de cultura y lengua árabe. Todo lo relacionado con la adaptación del usuario de otra cultura a un recurso de las características de un Centro de primera acogida de menores. pp. 44- 45.



Otro ejemplo de centro de acogida es el Ángel Ganivet, institución dedicada a la atención de la infancia cuya gestión ha estado a cargo de organizaciones religiosas. Acoge a menores nacionales y extranjeros de ambos sexos de 12 a 18 años, tiene una capacidad de 25 plazas y sus recursos humanos son 12 educadores, 12 monitores, psicóloga, equipo directivo, mediadora intercultural, monitor de deportes y personal de apoyo para servicios y portería. Cuenta, además, en plantilla con una trabajadora social. Suponiendo que el equipo directivo tenga sólo una persona, el personal con funciones formativas y educadoras asciende a 29 profesionales, lo que representa una proporción de más de un educador por menor acogido<sup>834</sup>.

Como ejemplo de acogida residencial citamos al centro residencial Zabaloetxe, que es de titularidad pública y está dedicado a la protección de menores. Su gestión corre a cargo de religiosos terciarios capuchinos e inició su proyecto con MENAS en agosto del año 2000. Acoge mediante convenio a 90 menores distribuidos en cinco grupos de 18 adolescentes de 14 a 18 años con la colaboración de 40 educadores sociales profesionales. Atiende también un piso semiautónomo de 10 plazas y la red de 25 viviendas de emancipación para 100 jóvenes. La misión del centro es la mejora de la calidad de vida de los menores mediante la atención asistencial, la formación profesional y cultural y otras actividades para conseguir su autonomía personal e integración social desde una perspectiva humanística cristiana amigoniana (Luis Amigó). Los menores proceden de diferentes países con predominio de los magrebíes, que mantienen contacto con su familia de origen. Sus expectativas son en ocasiones irreales, presentan comportamientos de desconfianza que se manifiestan en la ocultación de datos y, a veces, utilizan la fuerza y la presión del grupo para conseguir sus objetivos y necesidades<sup>835</sup>.

---

<sup>834</sup> Trujillo, M. (2010 ). Acogida inmediata a menores que migran sin referentes familiares. Reflexiones para la práctica profesional. *Revistes Catalanes amb Accés Obert. Educación Social* núm. 45, pp. 112-136. p. 117.

<sup>835</sup> Sagardoy Azagra, C. (11 de Noviembre de 2008). *Menores extranjeros no acompañados. Centro Residencial Zabaloetxe*. Recuperado el 12 de Mayo de 2014, de SURGAM. Revista Digital de Orientación Pedagógica: <http://www.surgam.org/articulos/503/MESA%20REDONDA/04.%20MENORES%20NO%20ACOMPANYADOS%20-%20MENAS%20-%20CENTRO%20ZABALOETXE%20-%20LOIU.pdf>. p. 1.



En el centro Avicena de Melilla, a diferencia de los anteriormente citados, todo su personal técnico es del credo y cultura musulmana, está gestionado por la ONG Voluntariado Islámico de Acción Social. En este centro se evidencia que sus objetivos, problemas y vicisitudes no difieren sustancialmente de otros centros que tienen otra dependencia, creencias religiosas y características. El procedimiento de acogida en el centro se ajusta a la normativa española de extranjería y los menores acogidos proceden del Magreb. El personal del centro tiene el sentimiento general de mejorar su formación, cualificación y selección, y pretenden introducir mejoras en el equipo directivo. Como en otros centros, los profesionales manifiestan su “preocupación por los fenómenos de agresividad y violencia, así como, por la tendencia al incumplimiento de las normas de convivencia y disciplina”<sup>836</sup>.

En el año 2005 existían en Melilla ocho centros de acogida en los que los menores se distribuyen según su edad y sexo. Los jóvenes procedentes directamente de la calle van a un centro de primera acogida hasta que se determine cuál es su destino definitivo. En el centro de reforma ingresan los menores que están bajo medidas especiales establecidas por el Juez de Menores previo informe del Fiscal. Al centro para inserción laboral van los menores que han logrado una completa integración y alcanzado la mayoría de edad. Allí se les ofrece apoyo en todos los ámbitos, en especial en el área de estudios<sup>837</sup>.

Hemos hecho referencia a la labor clave que realiza el mediador intercultural en los centros de acogida para lograr la integración del menor en su nuevo entorno. La completamos con las competencias interculturales que sería deseable tuvieran los profesionales cuya intervención tiene lugar en un contexto de diversidad cultural. Para los educadores que trabajan con menores

---

<sup>836</sup> VV.AA. (Abril de 2007). *La atención educativa en los centros de acogida de menores: El caso del centro Avicena de Melilla*. Recuperado el 09 de Marzo de 2013, de Universidad de Granada: [migraciones.ugr.es/cddi/index.php/tesis.../84-kaddur-hosseini-hamed](http://migraciones.ugr.es/cddi/index.php/tesis.../84-kaddur-hosseini-hamed) pp. 1-7.

<sup>837</sup> Kaddur Hossein, H. (2005). *La atención educativa en centros de acogida de menores: El caso del centro Avicena de Melilla*. Recuperado el 12 de Mayo de 2014, de Universidad de Granada: [hera.urg.es/tesisurg/\(5750851\).pdf](http://hera.urg.es/tesisurg/(5750851).pdf)

p. 238. Las personas contratadas del centro son: Gerente, coordinadores de áreas, educadores, cuidadores, cocineros, limpiadoras y jefe de mantenimiento. Una figura es la del cuidador o monitor y otra es la del tutor. La inspección de los centros está compuesta por tres personas no remuneradas de la entidad u ONG que es titular del proyecto de menores.

migrantes sin referencia familiar las competencias interculturales son fundamentales, pues facilitan la comunicación entre culturas y posibilitan que el menor, que se encuentra en país desconocido para él, sienta que se interesan y conocen su cultura lo que representa un elemento integrador y no un obstáculo<sup>838</sup>.

Las competencias interculturales se pueden definir como el conjunto de “conocimientos, habilidades y actitudes que mediante la acción generan relaciones de respeto e inclusión entre personas de grupos culturales diferentes”. Se adquieren mediante procesos rigurosos de formación, práctica profesional y resultado de los intercambios producidos entre culturas diversas<sup>839</sup>.

Se tiene la impresión de que las actuaciones formativas dirigidas al personal que trabaja con los MENAS no son suficientes. No obstante, surgen diversas actividades organizadas por entidades públicas y por iniciativa propia que contribuyen a su formación en ámbitos que son de su interés<sup>840</sup>.

A pesar de la inversión en recursos humanos, materiales y económicos, el sistema de protección no obtiene con los menores extranjeros no acompañados los resultados que sería razonable esperar. Las debilidades más significativas del sistema de protección son:

---

<sup>838</sup> Jiménez Hernández, A. S. (2011). *Competencias interculturales en los profesionales que intervienen con menores migrantes sin referentes familiares en España*. Jaén : Grupo de Investigación IDEO. Universidad de Jaen. p. 12.

<sup>839</sup> Ibídem. p. 11.

<sup>840</sup> 1.- Curso de formación para educadores y responsables que trabajan con MENAS de Euskadi y Aquitania, de octubre a noviembre de 2011

2.- Seminario de formación para el personal de los centros, propios y concertados, que acogen a MENAS, celebrado en el Centro de Menores Ángel Ganivet de febrero a mayo de 2005.

3.- Formación de educadores en competencias interculturales a modo de cursos, jornadas, encuentros, seminarios y otras. La procedencia de la formación puede ser interna, para su propio personal, como la valenciana Avar o la catalana Prograss. Externa a la entidad, sobre el fenómeno de MENAS, impartidas por entidad ajena al centro que mantiene vinculación laboral con los profesionales. Las entidades formadoras son doce, desde la Fundación Pere Tarrés, la Asociación Al Khaima, Save the Children hasta el Grupo IDEO.

Primera: “la ausencia de criterios comunes en la atención y protección a estos menores y la falta de coordinación entre las diferentes instituciones”<sup>841</sup>. Segunda: “la necesidad de una regulación eficaz que trascienda el marco autonómico y estatal y verdaderamente garantice los derechos de los menores en la Unión Europea”<sup>842</sup>. Tercera: aunque los MENAS son acogidos en los centros de las CCAA “la realidad indica que en general dicho acogimiento no es de calidad, con respecto de los derechos de los menores. La razón de ello estriba en que ni los profesionales ni los recursos están preparados para atender sus necesidades y sus características específicas”<sup>843</sup>. Cuarta: a las deficiencias de coordinación interautonómica e intraautonómica se añade la autarquía de actuación local y la falta de intercambio de conocimientos y experiencias para mejorar el sistema de protección y la atención en los centros de acogida.

De las particularidades específicas de los MENAS derivan variedad de problemas. Algunos, como la adecuación del proyecto migratorio del menor al programa que le ofrece el sistema de protección, son de difícil solución. Sin embargo otros, como “la imposibilidad de trabajar con las familias de origen”<sup>844</sup> se podrían remediar siguiendo la metodología empleada en centros de acogida que cuentan entre el personal educador con el mediador intercultural, factor esencial para lograr la comunicación del menor con su familia (Caso del Centro

---

<sup>841</sup> Setién, M. L. (2008). La atención a los menores extranjeros no acompañados en el país Vasco: modelos de intervención y luces y sombras del sistema de acogida. *e-migrinter*, pp. 78-88. p. 83.

<sup>842</sup> Gude Fernández, A. (22 de Enero de 2009). *La protección jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el ordenamiento jurídico autonómico. El caso de Galicia*. Recuperado el 29 de Abril de 2014, de ACOES: <http://www.acoes.es/pdf/menores%20n%5B1%5D...pdf> p. 16.

<sup>843</sup> VV.AA. (06 de Noviembre de 2008). *Menores Vulnerables: Desprotección y Responsabilidad Penal*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Valedor do Pobo: [www.valedordopobo.com/index.php?o=downloads&i=224&t...](http://www.valedordopobo.com/index.php?o=downloads&i=224&t...) p. 85

<sup>844</sup> VV.AA. (06 de Noviembre de 2008). *Menores Vulnerables: Desprotección y Responsabilidad Penal*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Valedor do Pobo: [www.valedordopobo.com/index.php?o=downloads&i=224&t...](http://www.valedordopobo.com/index.php?o=downloads&i=224&t...)

p. 86 : Como problemas derivados de dichas peculiaridades han de citarse la disparidad entre las expectativas del menor y lo que realmente le ofrece el sistema de protección; la existencia de pautas culturales y religiosas diferentes y diversas; el desconocimiento del idioma; **la imposibilidad de trabajar con las familias de origen**; y dificultades de escolarización y/o formación.

de Nuestra Señora del Cobre, Cádiz, citado *ut supra*), o con personas de su propia cultura<sup>845</sup>.

Hemos señalado que España es el país de la UE que más MENAS recibe, lo que ha obligado a realizar un gran esfuerzo en recursos humanos y materiales para hacer frente a la acogida y protección de estos menores. En ocasiones, como en otoño de 2006, su afluencia masiva a Canarias ha superado con creces la capacidad de acogida de esta comunidad obligando a distribuir quinientos de los ochocientos menores que recibió, a otras CCAA.

La Subdirección General de Infancia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales elaboró, el 8 de septiembre de 2006, un informe sobre la intervención a seguir con menores extranjeros no acompañados que estaban llegando a la CA de Canarias. En dicho informe, tras recordar el ámbito competencial general en materia de protección de menores, se abordaba la posibilidad de actuaciones especiales con los que estaban llegando a dicha Comunidad Autónoma y, por lo que ahora interesa, se propugnaba su redistribución entre otras CCAA. Cada comunidad estableció su plan para hacer frente a esta contingencia y en la de Galicia se acogieron en cinco centros propios los menores procedentes del África Subsahariana<sup>846</sup>.

### III. FUGA DE MENAS DE LOS CENTROS DE ACOGIDA

Un problema, que desvirtúa el plan de formación de los MENAS lo constituye la fuga de los menores de los centros de acogida. Sus causas y motivaciones son varias que, en todo caso, tienen consecuencias negativas para el menor y para el sistema de protección que realiza una importante inversión en recursos humanos y materiales con el exclusivo propósito de

---

<sup>845</sup> Setién, M. L. (2008). La atención a los menores extranjeros no acompañados en el país Vasco: modelos de intervención y luces y sombras del sistema de acogida. *e-migrinter*, pp. 78-88

p. 86. En otras comunidades, como en el País vasco, la **“Incorporación de personas de su propia cultura en los equipos de atención**. Buena parte de los equipos profesionales de los centros han ido incorporando (como educadores, vigilantes, animadores, intérpretes...) personas con dominio del árabe, originarios del Magreb... Esto facilita la comunicación (al menos, en los primeros momentos, cuando desconocen la lengua del lugar de acogida) y, en ocasiones, refuerza la confianza”.

<sup>846</sup> VV.AA. (06 de Noviembre de 2008). *Menores Vulnerables: Desprotección y Responsabilidad Penal*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Valedor do Pobo: [www.valedordopobo.com/index.php?o=downloads&i=224&t](http://www.valedordopobo.com/index.php?o=downloads&i=224&t) p. 87.

acoger y formar a estos menores. Analizaremos las causas, consecuencias y soluciones de este problema desde la perspectiva del interés del menor.

Uno de los aspectos a tener en cuenta, al que ya nos hemos referido anteriormente, es el económico, citando como muestra que, en el año 2013, la Administración General del Estado, a través de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, ha continuado apoyando a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla destinando 1.3 millones de euros para colaborar en la acogida y atención de los MENAS<sup>847</sup>.

El aspecto más negativo del problema, es que el destino de muchos menores que se encuentra al margen del sistema de protección suele ser las redes de explotación sexual, laboral o criminal. La movilidad espacial de los menores atribuye dimensión europea al problema de la fuga. En Bélgica la mitad de los MENAS abandonan los centros de acogida y un porcentaje indeterminado de ellos permanecen en el país, muchos de los cuales caen en las redes del tráfico y de la explotación. En España, aunque no se sabe exactamente el número de los MENAS fuera de la protección, se supone que es elevado. Según Senovilla, en nuestro país apenas se aborda el fenómeno del tráfico y explotación de menores aceptándose que encuentran apoyo en la familia extensa o en el grupo de iguales, y que consiguen realizar de este modo su proyecto migratorio<sup>848</sup>.

La realidad es que los menores fuera del sistema de protección corren el riesgo de caer en la prostitución, en la delincuencia o el consumo de drogas. Sin referentes afectivos en los que confiar o apoyarse, cuando surge la dificultad no tienen un modelo al que acogerse. El grupo de iguales es su principal y único referente lo que les hace más vulnerables a su influencia. “No hay que olvidar que los MENAS son antes que nada adolescentes a mitad de camino en su desarrollo personal y como tales se encuentran en una

---

<sup>847</sup> VV.AA. (2013). *EMN. Punto de Contacto Nacional. Informe Anual de Políticas de Inmigración y Asilo*. Madrid: European Migration Network. European Commission. p. 53.

<sup>848</sup> Senovilla Hernández, D. y. (2013). *Menores Extranjeros no Acompañados y sin Protección en Europa*. Recuperado el 13 de Mayo de 2014, de Promoting unaccompanied Children's Access to Fundamental Rights in the European Union: [www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf](http://www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf). p. 51.

encrucijada y con una gran inseguridad e indefinición sobre su futuro, mayor aún que los adolescentes autóctonos”. Si lo que se lleva en el grupo en un momento dado, lo que está de moda, es consumir sustancias probablemente las consumirán<sup>849</sup>.

Insistimos en la influencia de su grupo de referencia en el que crean y llevan a cabo su proyecto migratorio con una fuerte necesidad de recompensa inmediata. Al relacionarse con los menores nacionales, que tienen recursos para gastar y consumir, querrían emularlos, pero carecen de medios de subsistencia “por lo que muchos recurren a la prostitución o a la delincuencia para sobrevivir”<sup>850</sup>.

La mayoría de la doctrina es consciente del riesgo evidente que corren los menores fuera del sistema de protección, lo que es corroborado por los informes del Defensor del Pueblo y de las CCAA. Sin embargo, determinados profesionales del ámbito social analizan el problema de la movilidad y fuga de los MENAS de los centros de acogida desde otra perspectiva. Para Suárez Návaz, alternar el sistema de protección con la salida del mismo es para el menor un “itinerario intermitente” que busca la regularización, al mismo tiempo que conservar la autonomía del menor frente a la Administración [...] el “uso meramente instrumental” de dicho sistema se corresponde con estrategias mixtas, no siempre preconcebidas, que dificultan la conducción de los menores hacia la estandarización que buscan los sistemas de Protección de Menores [...]”<sup>851</sup>.

Para Gimeno Monterde, el itinerario que le ofrece el sistema de protección “es sólo uno más de los múltiples itinerarios que, en paralelo, los menores recorren acompañados por actores a menudo ocultos a la Administración como los familiares en España y Europa y las redes de iguales;

---

<sup>849</sup> Márquez, I. y. (2009). *Drogodependencia en menores extranjeros no acompañados (MENA): su derecho a una educación y salud de calidad*. Vitoria: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. p. 92-93.

<sup>850</sup> Lafuente Castellano, E. M. (2009). *Menores Inmigrantes No Acompañados [MENAS]*. Recuperado el 21 de Abril de 2015, de Universitat Jaume I: repositorios/xmlui/bitstream/10234/77768/1/forum\_2009\_36.pdf. pp. 497-498.

<sup>851</sup> Gimeno Monterde, C. (2013). *Jóvenes que migran solos. Actores y escenarios fuera de los sistema de protección de menores*. Publicaciones Universidad Autónoma. Alternativas, 20, pp. 41-56. p. 44.



o en escenarios donde los Servicios Sociales tienen dificultades para actuar, como la infracción jurídica, la prostitución y las redes de explotación”<sup>852</sup>.

El sistema español de protección del menor, basado en la constitución y en la legalidad, no compadece con estos planteamientos que ofrecen como alternativa a la seguridad del sistema de protección, la infracción jurídica, la prostitución y la explotación.

El mismo Gimeno Monterde señala que frente al menor detectado por el sistema “y que llega a la mayoría de edad cumpliendo los objetivos de inserción que el itinerario estandarizado por los protocolos de acogida le marca, podemos añadir otros itinerarios observados”<sup>853</sup>. Estos itinerarios, que muestra Gimeno Monterde, evidencian el fracaso del proyecto del menor o su final incierto y, que por operar fuera de la legalidad, merecen absoluto rechazo.

Un aspecto a considerar en el problema es que el pasado del MENA suele marcar su actitud hacia el sistema. Los MENAS que en su país de origen hacían de la calle su casa y los que son víctimas de la trata con fines de explotación laboral o sexual, son proclives a eludir la protección pública. Por

---

<sup>852</sup> Ibídem. p. 41.

<sup>853</sup> Ibídem. p. 45

a. Itinerario de menor magrebí que llega con pasaporte falso de adulto para ser acogido por la familia extensa en destino, que posteriormente rechaza su compromiso de acogida, por lo que el menor deambula itinerante por la península, «guiado» por compatriotas adultos. Su paso por la calle lo vincula ocasionalmente a la prostitución masculina. Llega a la edad adulta sin regularizar su residencia y con fuertes nexos con la infracción y el “lumpemproletariado”.

b. Itinerario de menores subsaharianas que llegan a destino adoptadas por la familia extensa que la fuerza a la prostitución, por lo que piden ayuda y son derivadas al Sistema de Protección.

c. Itinerario de menores magrebís acogidos por su familia extensa (o nuclear) en destino. La familia insta al menor a presentarse para ser acogido por el sistema de protección. Al llegar a la mayoría de edad, el menor vuelve a ser acogido por la misma red familiar.

d. Itinerario de menores magrebís que conocen del Sistema de Protección a través de las redes de iguales. Acceden al sistema por la red. Al terminar la tutela vuelven a integrarse en las mismas redes, que les continúan acompañando como adultos clandestinos o regulares.

e. Itinerario de menores magrebís que entran y salen de la protección mediante “fugas”, constanding varias fechas de apertura y cierre en sus expedientes de tutela. A la ausencia de un proyecto migratorio acorde con sus expectativas se une, a menudo, el contacto con las infracciones.

f. Itinerario de menores europeas del Este que llegan a destino “tratadas” por su familia o por una red mafiosa. Detectada su presencia ejerciendo la prostitución se les deriva al Sistema de Protección. Habitualmente las menores abandonan el centro de acogida en pocas horas y vuelven con los adultos que las prostituyen cambiando de provincia de residencia. En pocas ocasiones las menores completan el itinerario de protección.

otra parte, el conocimiento del número total de MENAS que se encuentran en España daría la posibilidad de saber cuántos son los que se encuentran en situación de precariedad para procurar que dejen su estado de desprotección y pasen a estar acogidos. “La marginalidad deriva en invisibilidad social” y en la consiguiente exclusión de protección<sup>854</sup>.

No se debe olvidar que, el ambiente familiar acogedor del centro facilita la permanencia del menor, aunque no la garantiza. Algunos, como el de Nuestra Señora del Cobre en la provincia de Cádiz, diseñado para atender a 24 menores alojados en tres casas independientes adosadas, que emulan domicilios particulares conocidas como los “hogares”, responde al ambiente familiar. La dirección, administración, servicios y taller se encuentran en el mismo centro lo que constituye un conjunto armónico que reúne todo lo necesario para la acogida, formación y servicios de los menores. Su personal busca que desde la llegada del menor mantenga la comunicación directa con su familia de manera que no pierda su referencia y le tramite con eficiencia la documentación que precisa para conseguir los permisos de residencia y trabajo, evitando que pierda la paciencia y se fugue del centro<sup>855</sup>.

A la acogida y ambiente familiar del centro propician la permanencia del menor en el sistema se oponen la ayuda del grupo de iguales y de la familia extensa que facilitan la movilidad territorial de los MENAS y al abandono de los centros de acogida. El testimonio de Hamid, menor marroquí, ilustra esta situación. Cruzó el Estrecho desde Tánger; en Algeciras llama a su primo de Valencia que le recoge y está en Valencia en la casa de éste con unos amigos una semana; se marcha a Bilbao porque en Valencia hay repatriaciones; el centro de Bilbao, situado en el monte no le gusta, y con unos amigos del barrio decide irse al día siguiente a Cuenca, porque no se repatriaba desde allí; los cuidadores les dieron dinero para el autobús; la policía los detuvo en Madrid y

---

<sup>854</sup> VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación. p.11.

<sup>855</sup> Cabrera Medina, J. C. (2008). *El fenómeno de la emigración de menores. Análisis desde la Provincia de Cádiz (2002-2007)*. Cádiz: Diputación Provincial de Cádiz. p. 32.

los llevaron a un centro muy grande. Dijimos que íbamos a Cuenca y nos dejaron marchar<sup>856</sup>.

Sin tener en cuenta la exactitud de las vicisitudes del relato y si el personal de los centros les facilitó los viajes, se pone de manifiesto que hay menores fuera del sistema de protección cuya situación de desamparo no es absoluta, y que, desde un punto de vista objetivo, los MENAS se fugan de los centros en que se realizan repatriaciones.

Una idea del problema de las fugas de los MENAS y la dificultad de llevar a cabo un plan de formación con permanencias cortas en los centros nos lo muestra la tabla de estancia media de los MENAS en acogimiento residencial en la Comunidad autónoma de Cantabria a finales de 2006.

Estancia	Total menores	Porcentaje (%)
Menos de una semana	1	1,7
De 1 a 4 semanas	5	8,8
De 2 a 3 meses	25	43,8
Más de 3 meses	26	45,7
Total	57	100

Estos datos muestran la gran movilidad de los MENAS; que sus expectativas no fueron satisfechas con rapidez; que temían ser repatriados; o que iban de paso a otros centros<sup>857</sup>.

---

<sup>856</sup> Suárez-Návaz, L. y. (2011). *Menores en el campo migratorio transnacional. Los niños del centro (Drari d'sentro)*. Recuperado el 06 de Diciembre de 2014, de Papers, 2011, 96/1: <http://www.raco.cat/index.php/papers/article/viewFile/228131/309843>. p. 22.

“Hamid nos cuenta sus dos primeras semanas en España:

Crucé por el puerto de Tánger y, una vez en Algeciras, llamé a mi primo a Valencia. Él vino a buscarme. Estuve una semana viviendo con él y unos amigos en su casa. Tenía miedo de ir a la policía para que me llevaran a un centro. Pregunté a un amigo de mi barrio que estaba en Bilbao y me dijo que desde Valencia me podían devolver a Marruecos. Así que decidí irme a Bilbao sin pasar por Madrid. Llegué a Bilbao y me llevaron a un centro en mitad de una montaña, sin ventanas. Hacía mucho frío. No me gustó nada. Allí me encontré a unos chicos de mi barrio. Decidimos irnos al día siguiente a Cuenca, porque nos dijeron unos amigos que no había repatriaciones desde Cuenca. Se lo dijimos a los educadores y nos dieron dinero para el autobús. Yo creo que ellos no querían que nos quedáramos allí. Después llegamos a Madrid, la policía nos detuvo y nos llevó a un centro muy grande. Dijimos que íbamos a Cuenca y nos dejaron marchar. Llegamos por fin a Cuenca”.

Tras este análisis general del problema de la fuga de los MENAS de los centros de acogida, nos detendremos en las causas que lo motivan, sus consecuencias para el menor y, por último, las medidas que pueden paliar el abandono de los centros por los menores.

## **1. Causas del abandono de los MENAS del centro de acogida**

El abandono del MENA del centro de acogida es un problema que pone en cuestión la eficacia del sistema de protección del menor en situación de desamparo por lo que merece especial atención, identificar sus causas y tomar medidas que eviten al menor las negativas consecuencias que conlleva.

El motivo principal del abandono del centro estriba en el contraste que encuentra el menor entre su proyecto migratorio para conseguir sus fines y la realidad del sistema de protección. Los menores y sus familias, si los apoyan, desean modernidad y participar en la sociedad idealizada que se han forjado o que les han contado, pero chocan con los procesos normativos de la nueva disciplina de fronteras europea que se manifiesta en los procedimientos burocráticos y administrativos del sistema de acogida<sup>858</sup>.

La mayoría de la doctrina considera que la causa que provoca las fugas de los centros de acogida reside en el contraste del proyecto imaginado por el MENA con la realidad que se encuentra en España. En su país, los menores son tratados como adultos y como tales trabajan y se les exige. En cambio, en España, el sistema de protección “los trata como niños, protegiéndolos desde una óptica que no es la suya y que, de hecho, impide la realización de su proyecto migratorio, conducente más a la mejora de su situación económica y la de su familia que a la de mejorar su formación o salud”<sup>859</sup>.

---

<sup>857</sup> VV.AA. (2007). Consejería de Empleo y Bienestar Social. La Protección de los Menores Extranjeros no Acompañados en Cantabria. *Colección de Estudios Sociales nº 6*. Santander: Gobierno de Cantabria. p. 79.

<sup>858</sup> Vacchiano, F. (2014). *Para além das fronteiras e dos limites: adolescentes migrantes marroquinos entre desejo, vulnerabilidades e risco*. Saúde Soc. Sao Paulo, v.23, n.1 , pp. 17-29. p. 17.

<sup>859</sup> VV.AA. (16 de Octubre de 2008). *Defensor del Pueblo de Navarra. La situación de los menores extranjeros no acompañados en la Comunidad Foral de Navarra*. Pamplona: Parlamento de Navarra. p. 20.

Goenechea Permisán coincide con esta opinión y califica la situación de los MENAS en España de “paradójica”. La sociedad de acogida les trata como menores que deben ser objeto de protección”, pero, “ellos se consideran adultos y quieren trabajar, ser independientes y poder así ayudar económicamente a su familia. Esto lleva a que muchos abandonen los centros de acogida”<sup>860</sup>.

El Valedor do Pobo, en su informe de 2008, coincide con otros defensores autonómicos al identificar los problemas jurídicos que afectan a los MENAS. Entre los problemas jurídicos, relaciona determinadas causas que motivan las fugas de los menores como: la demora en la tramitación de los permisos de residencia y la falta de coordinación interautonómica e intraautonómica para evitar fugas y disfunciones<sup>861</sup>.

Sobre las motivaciones de las fugas señala Setién, que es “la ausencia de criterios comunes en la atención y protección a estos menores y la falta de coordinación entre las diferentes instituciones, lo que provoca flujos de menores de un lugar a otro en función de la respuesta que obtienen”, ya que los menores a través de sus redes de información de iguales producen un efecto llamada y se trasladan a los centros que según su información se ajustan mejor a sus expectativas. Por otra parte, añade Setién, esta realidad

---

<sup>860</sup> Goenechea Permisán, C. (19 de Junio de 2006). *Menores inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad*. Recuperado el 29 de Abril de 2014, de Universidad Complutense de Madrid: [web.caib.es/Documentacio/jornades/Web\\_I\\_Cong.../menors2.pdf](http://web.caib.es/Documentacio/jornades/Web_I_Cong.../menors2.pdf). p. 5.

<sup>861</sup> Gude Fernández, A. (22 de Enero de 2009). *La protección jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el ordenamiento jurídico autonómico. El caso de Galicia*. Recuperado el 29 de Abril de 2014, de ACOES: <http://www.acoes.es/pdf/menores%20n%5B1%5D...pdf>

p. 13. “ [...] por parte del Valedor do Pobo se detectan los mismos problemas jurídicos, en el ordenamiento y sociedad gallega, que los identificados por otros defensores autonómicos: la necesidad de una tutela inmediata y de la tramitación de su residencia; las garantías necesarias de la repatriación; la procedencia de las pruebas médicas de determinación de la edad; la necesidad de una asistencia jurídica independiente de la administración; la coordinación interautonómica e intraautonómica para evitar fugas y disfunciones; la planificación de recursos necesarios para un desarrollo integral; y la asunción de responsabilidades por las administraciones públicas en su atención y para evitar el rechazo social (Informe do Valedor, 2008, 292-294).

desborda la capacidad de una comunidad, incluso de un Estado, lo que exigiría criterios comunes de la UE que se cumplieran en la práctica<sup>862</sup>.

La solidez del proyecto migratorio del MENA, el encauzamiento de su proyecto en el plan de caso, la eficiencia del centro de acogida para desarrollarlo y mantener el arraigo del menor con su familia son las claves que le disuadirán de abandonar el centro cuando las contrariedades se interpongan en su itinerario. Analizaremos este problema apoyándonos en casos reales.

*Karīm* vino de *Ksār Eṣ-Ṣaghīr* pequeño puerto pesquero a unos 20 kilómetros de Tanger. Su padre había pensado muchas veces emigrar, pero su trabajo en el puerto era suficiente para las necesidades de la familia. Por entonces, algunos padres habían comenzado a enviar a sus hijos a España pagándoles el viaje en patera o zodiac. *Karīm* llegó a la costa española una noche de julio de 2010. Su plan era perfectamente lógico: entrar en un centro de acogida, regularizar los documentos, estudiar y aprender un oficio para ayudar a la familia enviándole dinero. Una expectativa normal pero tal vez excesiva para un niño de 15 años.

*Sālim* nació en el campo, en una pequeña aldea de la región de *El-Kelāt Es-Sraghna* de Marruecos; era el primogénito de sus cinco hermanos. Su padre vivía en Italia trabajando de forma irregular en los mercados para mantener a su mujer e hijos en Marruecos. En uno de los viajes el padre de *Sālim* le propuso que le acompañase para sustituirle en la tarea de proveedor de la familia. A pesar de sus 16 años, a *Sālim* le pareció la idea aceptable aunque no le gustaba mucho la escuela y los cursos de apoyo casi obligatorios. A parte de esto, ir a Italia era una promoción social evidente teniendo en cuenta que muchos amigos habían partido en años anteriores y contaban cosas increíbles. Su padre vendió un pedazo de tierra para comprarle a *Sālim* la documentación y el pasaje para Europa para llegar a Turín en enero de 2007.

*Rashīd* salió de Casablanca con 15 años. Para él, los intentos de emigrar habían comenzado como un juego. Veía a su padre, al que respetaba

---

<sup>862</sup> Setién, M. L. (2008). La atención a los menores extranjeros no acompañados en el país Vasco: modelos de intervención y luces y sombras del sistema de acogida. *e-migrinter*, pp. 78-88. p. 83.



muchísimo, trabajando de picapedrero y a su hermano mayor que quería casarse pero no tenía dinero. Veía también a los vecinos que regresaban de Europa para pasar el verano, en la fiesta del sacrificio o en el mes del Ramadán y siempre traían ropa buena, zapatillas bonitas, cosas modernas. Ya está bien de juegos, pensó, y al día siguiente empleó todo su dinero en un billete de autobús para Tánger. Vivió ocho meses en el puerto sorteando peligros, hasta que oculto en un camión consiguió entrar un día en un barco que iba a Génova donde desembarcó en septiembre de 2008.

Estas tres historias reales, con protagonistas de nombre ficticio, representan los modelos generales de proyecto migratorio de la mayoría de los MENAS. El primero, *Karīm* es el prototipo del menor con proyecto definido que será poco proclive a abandonar el centro de acogida. A *Sālim* se asemejan los que tienen que superar la exigencia del plan de formación para no abandonar el centro y poder cumplir con el compromiso aceptado. Los que siguen la pauta de *Rashīd* emigran deslumbrados por el alarde de sus compatriotas que triunfaron. Las contrariedades que no se ajusten a su idea de rápida promoción con poco esfuerzo, les serán suficientes para errar fuera del sistema de protección<sup>863</sup>.

Otros estudios partiendo de tipología de los MENAS que viven en la calle llegan a resultados similares. En primer lugar, no se encuentran en la calle los menores que tienen un proyecto migratorio claro y “se caracterizan por intentar a toda costa conseguir su objetivo, que es documentarse y obtener trabajo”. Conocen el sistema de protección español, la legislación y lo utilizan. Informados por su red de iguales de cuál es el centro en el que pueden conseguir antes los papeles se trasladan al más acorde con su proyecto migratorio. Otro grupo, la mayoría de los menores que viven en la calle, son los que no ven satisfechas sus expectativas y se fugan de los centros de acogida iniciando en la calle “una espiral de delincuencia y marginación, pasando a engrosar la lista de los inmigrantes en situación irregular”. El tercer grupo, la

---

<sup>863</sup> Vacchiano, F. (2014). *Para além das fronteiras e dos limites: adolescentes migrantes marroquinos entre desejo, vulnerabilidades e risco*. Saúde Soc. Sao Paulo, v.23, n.1, pp. 17-29. pp. 18-19.

minoría, son los que hacían de la calle su hogar en el país de procedencia y siguen haciendo de ella su modo de vida en España<sup>864</sup>.

Una causa común, ya señalada, que puede motivar el abandono del centro es el temor a la repatriación, o que no entienden que la razón de un traslado de centro se puede deber a motivos de reagrupación en centros de atención específica. Por esto es muy importante que el menor esté previamente informado y no sea alarmado por su traslado a otro centro. Casos particulares lo constituyen los menores con itinerarios ligados a la exclusión social y contextos marginales, como la explotación sexual o laboral, la adición a estupefacientes, enfermos mentales o delincuencia, que no se integran en el sistema o se excluyen de él<sup>865</sup>.

No es apropiado sostener, como algún autor lo hace, que en determinada CA no se manifiestan episodios de fuga y reciben MENAS de otras comunidades por ofrecer mejores condiciones de acogida. Por el contrario, se constata que, como señala el Sindic de Greuges de Valencia en la revisión de casos del 2012, se producen episodios de fuga en los centros y que, a su vez, ingresan menores fugados de otros centros<sup>866</sup>.

---

<sup>864</sup> Bravo Rodríguez, R. M. (27 de Octubre de 2005). *La situación de menores no acompañados en España*. Recuperado el 07 de Diciembre de 2013, de Consejo de Europa: [http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/MG-RCONF\\_2005\\_11](http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/MG-RCONF_2005_11). pp. 9-10.

<sup>865</sup> Quiroga, V. e. (2009). *Sueños de bolsillo. Menores migrantes no acompañados en el País Vasco*. Recuperado el 03 de Diciembre de 2014, de Servicio Central de Publicaciones del País Vasco: <http://www.gizartelan.ejgv.euskadi.net/r45-> p. 306.

VV.AA. (2007). Consejería de Empleo y Bienestar Social. La Protección de los Menores Extranjeros no Acompañados en Cantabria. *Colección de Estudios Sociales nº 6*. Santander: Gobierno de Cantabria.

p.79. "El hecho de que 61 de los 142 menores extranjeros no acompañados que ingresaron en los dispositivos de acogida del Servicio de Protección, en 2006, hayan tenido una estancia inferior a un mes se debe a que no vieron perspectiva de ver satisfechas con rapidez sus expectativas, al miedo a las repatriaciones a su país de origen o a que simplemente estaban de paso".

<sup>866</sup> VV.AA. (25 de Julio de 2012). *Menores Extranjeros no Acompañados*. Recuperado el 17 de Mayo de 2014, de Sindic de Greuges Comunitat Valenciana: <http://www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf>

pp. 20-22. Revisados, a forma de muestreo, los expedientes de siete MENAS, que residían en el momento en el centro de acogida Lucentum de Alicante se comprueba que, los siete menores habían sido acogidos en otros centros de la Comunidad o del Estado.

A este respecto señala Setién, que en el caso del País Vasco, “es muy frecuente que los menores lleguen desde otras comunidades, como Cataluña. Pero también ha sucedido que, en determinados momentos, se hayan desplazado de nuestra Comunidad a otra, como Asturias”. Entre las causas de estos movimientos apunta a que sean directamente inducidos; que se corra el rumor de que se les dispensen en otros mejores condiciones o expectativas; o que se propague la noticia de que se van a ejecutar repatriaciones<sup>867</sup>.

Lo que es procedente en estos casos, es comunicar la fuga de forma inmediata a la Policía, formalizar tras 24h la denuncia y dar traslado como incidencia a la Dirección Territorial de Justicia y Bienestar correspondiente y al Ministerio Fiscal.

## **2. La fuga del MENA del centro y sus consecuencias**

Las consecuencias que reporta al MENA el abandono voluntario del centro de acogida dejando la protección del sistema son siempre negativas para él. Supone en todos los casos una solución de continuidad en su período de formación y que, aunque se incorpore a otro centro, implica la apertura de nuevo expediente y adaptación al sistema de formación del nuevo centro, posible pérdida de curso académico y otras.

En primer lugar, es importante que los MENAS aprovechen al máximo su estancia en los dispositivos de acogida, pues mayores serán las posibilidades de integrarse en la sociedad, conocer el castellano, obtener una formación completa cultural y laboral, adquirir hábitos saludables, autocontrol y poder tener acceso a los permisos de residencia y trabajo<sup>868</sup>.

En cambio, los menores que “viven en la calle, desaparecen de los centros de acogida, son secuestrados y explotados, son víctimas de las bandas

---

<sup>867</sup> Setién, M. L. (2008). La atención a los menores extranjeros no acompañados en el país Vasco: modelos de intervención y luces y sombras del sistema de acogida. *e-migrinter*, pp. 78-88. p. 83.

<sup>868</sup> VV.AA. (2007). Consejería de Empleo y Bienestar Social. La Protección de los Menores Extranjeros no Acompañados en Cantabria. *Colección de Estudios Sociales nº 6*. Santander: Gobierno de Cantabria. p. 79.

de traficantes de seres humanos y se les niegan los cuidados básicos y la educación”<sup>869</sup>.

Que los MENAS abandonen el sistema de protección es un problema que genera gran preocupación, pues dejan de estar al cuidado y tutela de la administración autonómica correspondiente. Fuera del sistema pueden reunirse con miembros de su familia extensa, vivir en la calle o ser víctima de redes de traficantes que pretenden su explotación laboral o sexual en condiciones degradantes<sup>870</sup>.

En caso de caer en la delincuencia, si el hecho delictivo es denunciado, el Ministerio Fiscal puede archivar o sobreseer el caso por conciliación o reparación. Si el Ministerio Fiscal decide la incoación de expediente puede encaminarse por la vía judicial que podría merecer la resolución judicial correspondiente<sup>871</sup>.

La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, art. 238.1, atribuye al juez de menores la competencia del enjuiciamiento penal de estos, la imposición de las medidas cautelares de carácter personal, excepto la detención. Al juez de menores que asuma la competencia para adoptar la medida cautelar en cuestión, también le corresponderá posteriormente dictar sentencia que ponga fin al proceso<sup>872</sup>.

---

<sup>869</sup> Rights, C. f. (2010, Agosto 25). *Commissioner for Human Rights*. Retrieved Enero 27, 2014, from Positions on the Rights of Minor Migrants in an Irregular Situation: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1654377>. p. 3.

<sup>870</sup> VV.AA. (25 de Julio de 2012). *Menores Extranjeros no Acompañados*. Recuperado el 17 de Mayo de 2014, de Síndic de Greuges Comunitat Valenciana: <http://www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf> p.19.

<sup>871</sup> López Fernández, J. (Julio de 2013). *Factores de riesgo de los menores extrajeros no acompañados infractores en Asturias*. Recuperado el 26 de Mayo de 2014, de Universidad de Oviedo. p. 36.

<sup>872</sup> González Pillado, E. (2009). Las medidas cautelares en el proceso penal de menores en España. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. México*. IUS 24 , pp. 42-76.

p. 46. “A este respecto y a la vista de que al juez de menores que asume la competencia para adoptar la medida cautelar de que se trate también le corresponderá posteriormente dictar la sentencia que ponga fin al proceso, debe traerse a colación la STC 60/1995, de 17 de marzo, que considera de carácter constitucional la acumulación en el mismo órgano, de funciones relacionadas con la adopción de medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales y el dictado de la sentencia”.

Pasamos por último a analizar los instrumentos y mecanismos para tratar de paliar, y erradicar si fuera posible, el problema de la fuga de los MENAS de los centros de acogida, para evitar que queden al margen del sistema de protección.

### **3. Registro, trazabilidad y seguimiento del MENA**

La primera actuación a realizar con el menor para iniciar su proceso de acogida es su localización y, seguidamente, su filiación única en el registro de MENAS diseñado a tal efecto (RMENA). Este instrumento y la constancia de su proyecto migratorio, establecido en el plan de caso, deberían permitir localizar al menor en todo momento y dar continuidad a su proyecto ante la contingencia de cambio o abandono de centro. Por otra parte, conocer con exactitud el número total de MENAS que hay en España permitirá realizar planes adecuados formación, infraestructuras y la asignación de los medios humanos y materiales adecuados para llevar llevarlo a efecto.

Es tema recurrente la poca fiabilidad de los datos sobre el número de menores no acompañados que realmente se encuentran en España. La cifra facilitada por la Secretaría de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social el 31 de diciembre de 2012, indicaba que 2.319 MENAS en situación de desamparo, estaban acogidos o tutelados por los servicios de protección de menores de las comunidades autónomas. Se trata de datos “estimados por la dificultad de disponer de información completa de las comunidades autónomas, que son las responsables de la acogida de los menores no acompañados”. En cambio, el Ministerio del Interior contabilizaba en la misma fecha 3.261 MENAS, de esta cifra habría que deducir las 482 bajas de enero de 2013, según datos del Registro de MENAS<sup>873</sup>.

Para dar solución al problema del registro de menores “se atribuye a la Fiscalía General del Estado la nueva responsabilidad de coordinar el Registro de MENA que se ubica en la Dirección General de la Policía”, art. 215 del RLOEX. En virtud de la competencia asignada, la Fiscalía General del Estado

---

<sup>873</sup> Fuentes Sánchez, R. (2014). Menores Extranjeros No Acompañados [MENA]. *AZARBE. Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* nº 3, pp. 105-111. p.107.

publicó la Instrucción 1/2012, de 29 de marzo, que establece las medidas de coordinación del Registro de menores extranjeros no acompañados<sup>874</sup>.

A pesar de la movilidad del colectivo de los MENA, lo que conlleva el carácter dinámico RMENA por los abandonos voluntarios, traslados de los menores a otros centros y alcanzar la mayoría de edad, se ha comprobado que los datos del RMENA presentan mayor fiabilidad en los tres últimos años<sup>875</sup>.

Esta mayor fiabilidad la ha procurado el art. 35 de la LOEX que atribuye a la FGE la responsabilidad de coordinar el RMENA para el cumplimiento de las competencias del Ministerio Fiscal “en el ámbito de su función de garantía y protección del interés superior del menor”. En consecuencia, la FGE en su Instrucción 1/2012 establece las medidas para garantizar que el Registro recoja todos los datos relativos a cada MENA que se encuentre en España, sus circunstancias e identificación inequívoca para que sirvan de instrumento que coadyuve a la planificación de la política inmigratoria y de integración y, además, sea instrumento eficaz para garantizar el interés superior del menor en los procedimientos de determinación de su edad y para combatir las situaciones que puedan sufrir los MENAS desamparados: delincuencia, fraude y explotación<sup>876</sup>.

La responsabilidad de la gestión del RMENA recaerá en el CNP y, en el caso de que la reseña del MENA hubiera sido practicada por un cuerpo de policía autonómico, el Ministerio Fiscal velará para que sea remitida con carácter de urgencia a la Unidad de Extranjería y Fronteras que corresponda del CNP.

Dos años después de la Instrucción 1/2012 se establece el Acuerdo interministerial de 22 de julio de 2014, que aprueba el Protocolo Marco para coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones con responsabilidad del menor desde su locación, la determinación de su edad, puesta a disposición de la entidad pública de protección de menores y la

---

<sup>874</sup> VV.AA. (2012). *Informe Anual de Políticas de Inmigración y Asilo España 2012*. Madrid: Punto de Contacto Nacional de la Red Europea de Migración. p. 46.

<sup>875</sup> Fuentes Sánchez, R. (2014). Menores Extranjeros No Acompañados [MENA]. *AZARBE. Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* nº 3, pp. 105-111. p.107.

<sup>876</sup> Instrucción 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre la coordinación del RMENA.



documentación del menor. Este Protocolo está también dirigido a lograr el adecuado funcionamiento del RMENA, art. 215 del RELOEX, que será uno de los instrumentos más eficaces de la protección del interés superior del menor y “la única fuente de información fidedigna y completa que logre la comprensión del fenómeno migratorio de niños, base imprescindible para adoptar cualquier iniciativa normativa o administrativa” según establece el Plan de Acción de la UE sobre MENAS para el período 2010-2014<sup>877</sup>.

Los principios rectores del Protocolo señalan que la política sobre el MENA estará orientada a la reagrupación del menor en su país de origen, bien en su familia o en los servicios de protección de menores de su país cuando ello sea su interés superior y se actúe de acuerdo con la LOEX, el RELOEX y la CDN.

Sobre el plan de caso, ya analizado al tratar el proceso de acogida del menor, cabe añadir que es una pieza clave en la formación del menor y, por tanto en su integración, en el que se debe desplegar mayor atención por parte del equipo multidisciplinar de profesionales que lo diseñen. Debe ser lo más individualizado y adaptado a las necesidades particulares de cada menor, con objeto de prepararlo adecuadamente para su emancipación<sup>878</sup>

Con esto finalizamos el texto de la tesis pasando a desarrollar las conclusiones señalando la respuesta de nuestro sistema constitucional a las necesidades que plantea la protección de los menores extranjeros no acompañados.

---

<sup>877</sup> Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría de la Presidencia, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados.

Acuerdo de 22 de julio de 2014 entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para la aprobación del protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados.

<sup>878</sup> Fuentes Sánchez, R. (2014). Menores Extranjeros No Acompañados [MENA]. *AZARBE. Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* nº 3, pp. 105-111. p.109.



## CONCLUSIONES

### 1. Implicaciones constitucionales en la protección de los MENAS

El reto que plantean los menores extranjeros no acompañados al sistema constitucional español es que debe proteger sus derechos fundamentales en las mismas condiciones que los menores nacionales que se encuentren en situación de desamparo.

Para lograr esta finalidad entran en juego, entre otras disposiciones constitucionales, el art. 1 CE que proclama la igualdad de como valor superior del ordenamiento jurídico y el art. 39.4 CE que remite a los convenios internacionales que velan por los derechos del menor como estándar de protección.

Cuando se redactó la Constitución el legislador no se planteó realizar la regulación de los derechos de los extranjeros, pues, en aquellas fechas España no era un país receptor de inmigrantes. Por la misma razón, tampoco se pensó en los menores extranjeros no acompañados, fenómeno que irrumpió a finales de los años noventa del siglo pasado. No obstante, la Constitución fue y sigue siendo capaz de proteger los derechos de los extranjeros menores de edad, estén o no acompañados, gracias al grado de apertura e indefinición que asumió y a las previsiones adoptadas en sus disposiciones para articular el sistema constitucional español con los sistemas de protección de derechos de ámbito internacional.

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha ido estableciendo un estatuto jurídico para los extranjeros muy similar al de los españoles en cuanto a la protección de sus derechos.

La disposición del art. 10.1 CE establece que el fundamento de orden político y la paz social se basa en el reconocimiento de los derechos inviolables inherentes a la persona humana por su dignidad. Esta es la piedra clave en la que se apoya el TC para construir la conocida como teoría tripartita de los derechos de los extranjeros. Vincular el ejercicio de los derechos al principio de la dignidad de la persona permite al Tribunal definir el núcleo intangible de derechos que son inherentes a la persona en cuanto tal, de los que, por tanto, no pueden ser desposeídos los extranjeros.

El estatuto jurídico de los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa en España, lo funda el Tribunal en la regla de art. 10.1 CE, que proyectada sobre los derechos individuales, implica que en cuanto “valor espiritual y moral inherente a la persona” (STC 53/1985, FJ 8), “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre” [...] “constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (STC 120/1990 de 27 de junio, FJ 4).

Frente a la polémica sobre si los derechos de los extranjeros son o no constitucionales, la jurisprudencia del Tribunal en las sentencias 107/1984, 115/1987 y siguientes, declara que los derechos de los extranjeros son derechos constitucionales; establece el principio de igualdad de españoles y extranjeros en el ejercicio de los derechos; realiza la clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros; y confirma el valor del art. 10.2 CE para determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales. Por otra parte, la configuración legal de los derechos de los extranjeros no les priva de su naturaleza constitucional.

En la mencionada clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros el Tribunal declara que: “Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros” son los reconocidos en el art. 23 CE; por último que “existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio” (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4). En esta clasificación, criticada por algún sector de la doctrina, el Tribunal precisa que sólo el ejercicio de los derechos del tercer grupo admite modulación legal. Los derechos incluidos en el primer grupo son intangibles por estar ligados a la dignidad de la persona.

Pasamos a analizar las remisiones que la Constitución hace en los arts. 96.1, 39.4, 10.2 y 93 CE a los tratados y convenios internacionales, por las que

el sistema constitucional español de protección de derechos se articula en los correspondientes sistemas de internacionales, lo que supone elevar el nivel de eficacia y protección constitucional, en particular, en lo que se refiere al menor.

La remisión del art. 39.4 CE otorga al menor la protección de los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, en particular por la CDN. El Tribunal asigna a la CDN dimensión constitucional, en la sentencia 55/1994 de 24 de febrero, FJ 2, “adquiere una dimensión constitucional la Convención sobre los Derechos del Niño [...] cuyo art. 19 recomienda que los Estados adopten “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio,...descuido o trato negligente”.

El art. 96.1CE dispone la incorporación al ordenamiento interno de los tratados internacionales válidamente celebrados por España, en cuya virtud, el Tribunal ha reconocido desde sus primeras sentencias, el valor del CEDH para determinar el contenido de los derechos fundamentales y al TEDH para concretar su contenido mínimo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo, 114/1984, de 29 de noviembre, 245/1991, de 16 de diciembre, 85/1994, de 14 de marzo y 49/1999, de 5 de abril).

El art. 93 CE, diverso de los arts. 96.1 y 39.4 CE, fundamenta nuestra incorporación al proceso de integración europea y al Derecho comunitario (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4, y DTC 1/1992, FJ 4). Son, en consecuencia, de aplicación a la protección de los derechos del menor la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Carta Europea de los Derechos del Niño, los actos elaborados y aprobados por la Unión que tengan eficacia directa en los estados miembros para proteger los derechos de los menores extranjeros, y los derechos consagrados en los tratados comunitarios por ser normas de efecto directo y carácter vinculante para la Unión y su estados miembros.

Entre la normativa comunitaria que afecta al menor extranjero tienen particular importancia en su proceso de repatriación la Directiva de Retorno 2008/115/CE y, la nueva Directiva 2013/32/UE, refundición de los

procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.

El reconocimiento de los derechos fundamentales en la UE ha constituido un largo proceso iniciado con las primeras referencias a derechos en los tratados fundacionales, seguido por la entrada en vigor con carácter vinculante de la CDFUE y las novedades sustantivas que introduce el Tratado de Lisboa respecto a la protección de los derechos fundamentales, destacando la esencial actividad del TJUE en este proceso.

El TJUE constata que la aplicación del Derecho comunitario podría entrar en colisión con los derechos fundamentales de las personas y que los tratados fundacionales se referían a las garantías del ejercicio de las libertades fundamentales de naturaleza básicamente económica, empezó a configurar los derechos fundamentales mediante la técnica de reconocerlos como principios generales del Derecho comunitario. Ante la carencia de una carta de derechos propia de las Comunidades Europeas, el Tribunal ha invocado diversos tratados internacionales para identificar los derechos fundamentales y, también, las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros, mediante reenvíos que sentaron progresivamente jurisprudencia. Así lo hace con el CEDF desde la sentencia *Rutili*, 28 de octubre de 1975, con la CSE en la sentencia *Defrenne*, 15 de junio de 1978, y con el PIDCP en la sentencia *Orkem*, 18 de octubre de 1989.

La labor del Tribunal en el reconocimiento de los derechos fundamentales se muestra, además, en las cuestiones prejudiciales, como en *van Gend & Loos* por la que establece la eficacia directa del Derecho comunitario en los estados miembros y en los particulares; y en las sentencias, que en *Erich Stauder* reconoce que los derechos fundamentales de la persona forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal. En numerosos casos, el Tribunal ha establecido principios que expandían el orden jurídico comunitario. Es opinión generalizada de la doctrina que la jurisprudencia del Tribunal ha extendido los límites de los tratados en las sentencias referentes a los casos de revisión judicial, pero, ha sido incluso más radical en sus sentencias sobre la cuestión prejudicial.



Referente a la labor del Tribunal en el reconocimiento de los derechos fundamentales en las cuestiones prejudiciales, señalamos la sentencia *van Gend & Loos* por la que establece la eficacia directa del Derecho comunitario en los estados miembros y en los particulares; y en la sentencia *Erich Stauder* reconoce que los derechos fundamentales de la persona forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal.

En cuanto a La protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario tiene un carácter autónomo respecto a los órdenes jurídicos de los Estados miembros. Así lo determina el Tribunal en la sentencia *International Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970, la protección de los derechos fundamentales no depende de la protección que le proporciones un derecho constitucional nacional determinado, sino que esta protección se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

Por otra parte, la aplicación del Derecho comunitario se impone sobre el Derecho interno, como lo muestra la primera cuestión prejudicial planteada por nuestro TC al TJUE, en el caso *Stefano Melloni* contra el Ministerio Fiscal. La Gran Sala del Tribunal de Justicia establece el sentido en que debe interpretarse el art. 53 de la CDFUE que “no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor [...]”, lo que reitera la primacía del Derecho comunitario que se impone, incluso, sobre las normas de Derecho nacional de rango constitucional.

Instrumento específico de la Unión para la protección derechos es la CDFUE, cuyo objeto es proteger los derechos fundamentales de las personas frente a las actuaciones de las instituciones de la Unión y las de los Estados miembros en la aplicación del Derecho y los tratados de la Unión. Adquiere carácter vinculante por el art. 6 del Tratado de Lisboa.

De las novedades que incorpora el Tratado de Lisboa destacamos, la personalidad jurídica que otorga a la Unión, lo que faculta para firmar tratados internacionales y adherirse al CEDH; y el sometimiento a la jurisdicción del

Tribunal de Justicia todas las actividades de la Unión, excepto la política exterior y la de seguridad común.

En el ámbito del Consejo de Europa, el CEDH tiene la virtud de internacionalizar las garantías de los derechos humanos y de las libertades fundamentales al otorgarles una protección jurisdiccional que va más allá del ámbito estatal, gozando, no obstante, los derechos humanos de las características de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. El CEDH pretende asegurar la garantía colectiva de los derechos que contiene, aunque esta protección es subsidiaria de la que le corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado, a quien le corresponde hacer efectivo su cumplimiento en su jurisdicción.

La actuación del TEDH tiene carácter de subsidiariedad en la protección de los derechos humanos. El Tribunal reconoce el *ius standi* de particulares víctimas de violaciones de derechos humanos, una vez que se hayan agotado los recursos jurisdiccionales internos del estado. Por otra parte, las sentencias del Tribunal no derogan leyes o anulan decisiones judiciales o actos administrativos internos del estado.

En un sistema multinivel de protección de derechos, como el europeo, la delimitación del ámbito de competencia de cada tribunal que compone el sistema, el diálogo y respeto mutuo entre tribunales y el principio de unidad de derecho permiten elevar los estándares de protección de los extranjeros menores de edad, con independencia de su situación administrativa y del estado en que se encuentren.

En el ámbito del Estado español, el estatuto jurídico del menor, ya sea este nacional o extranjero, lo establece el TC en la STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5, al declarar que la Convención sobre los Derechos del Niño de la Naciones Unidas; la Carta Europea de los Derechos del Niño y la LOPJM 1/1996, de 15 de enero, conforman “el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4” [...] “el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”.

El TC en la sentencia 236/2007 de 7 de noviembre, garantiza los derechos de los menores extranjeros en situación irregular contra la normativa que conculque sus derechos. En el FJ 17 declara la nulidad de “los preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 relativos al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, cuya inconstitucionalidad debe conllevar la nulidad del inciso «residentes» que figura en cada uno de ellos [...] tales derechos se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa”.

Concluimos que los derechos fundamentales de los menores extranjeros en España tienen respaldo constitucional y que, como el Tribunal afirma con rotundidad en la STC 99/1985 de 30 de septiembre, FJ 2, la Constitución es “obra de los españoles”, pero “no sólo para los españoles”.

## **2. El menor sujeto de derechos**

El reconocimiento de los derechos del menor, desde sus primeras manifestaciones históricas hasta llegar a la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, obedece a un proceso paulatino que no surge espontáneamente sino que es fruto de numerosas luchas por el reconocimiento de derechos y de las declaraciones que le han servido de base desde los decretos de Ciro en el año 539 a. C, cuyas disposiciones son análogas a los cuatro primeros artículos de la DUDH, hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

El objeto de la CDN es la protección integral del niño desde el momento de su concepción hasta que alcance la plena capacidad de obrar al llegar a la mayoría de edad y su incorporación armónica y plena a la sociedad. Aunque la Convención no hace mención expresa de los deberes del menor, es obvio que ser sujeto de derechos supone asumir las responsabilidades que implica el disfrute de los mismos. La Convención se basa en tres principios básicos, provisión, protección y participación. En cuanto a la protección del menor, reconoce el protagonismo de las familias y de los estados para hacerse cargo de su bienestar, y que deben asumir sus responsabilidades legales que no pueden ejercer de forma aleatoria.

La protección del menor en España tiene sus primeras manifestaciones legales en el siglo XIII con el Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, que protege los derechos de los menores limitando los excesos de la patria potestad mediante sanciones a los progenitores que se sobrepasen en malos tratos con los hijos. En los siglos posteriores, la buena intención del Rey Sabio fue decayendo y poco hicieron los gobiernos siguientes para moralizar las costumbres y castigar a los infractores.

Es en el siglo XIX cuando aparece la legislación en materia de educación, derecho laboral y penal junto con las medidas protectoras de la infancia en sanidad e higiene, aunque no tuvieron su contrapartida en el reconocimiento jurídico de los derechos del menor. La separación definitiva de la justicia penal juvenil y la de los adultos tiene lugar con la Ley de 12 de agosto de 1904 y con la Ley de 30 de diciembre de 1908, que prohíbe la pena de prisión preventiva para menores de 15 años.

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX se inician las medidas legislativas promovidas por los movimientos regeneracionistas para gestionar mejor el problema de la protección de la infancia, culminando con la Ley de Tribunales para Niños de 1918. La aportación de Dorado Moreno propugna el paso de una justicia represiva y punitiva a otra tutelar y educativa.

Por iniciativa del Instituto de la Juventud en la colaboración del Instituto de Cultura Hispánica, se convocan las Primeras Jornadas Hispanoamericanas relativas al Derecho Especial del Menor, que promueve un Derecho compuesto de normas imperativas, inderogables, imprescriptibles y construido como un todo orgánico.

En el siglo XX el menor empieza a ser considerado en el ámbito internacional como sujeto de derechos fundamentales que deben ser especialmente protegidos, pues, el déficit de protección o el abuso que se pueda cometer sobre él pueden producirle mayores daños que a un adulto.

En este ámbito, la Declaración de los Derechos del Niño de 1924, obedece a la necesidad de proporcionar especial protección a los millones de niños refugiados y desplazados diseminados por Europa tras la Primera Guerra Mundial. La Declaración proclama el deber de los hombres y mujeres de todos

los países de proporcionar al niño lo mejor que la humanidad sea capaz de darle.

A la anterior Declaración siguió la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Reconoce genéricamente los derechos los niños, pues nacen libres en igualdad de dignidad y de derechos. Promueve los especiales cuidados a la maternidad y a la infancia; la igualdad de protección social de todos los niños y el derecho y la gratuidad de la educación, cuyo objeto es el pleno desarrollo de la personalidad humana.

Importancia decisiva en el reconocimiento de los derechos del menor tiene la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que, por su naturaleza vinculante, impone obligaciones que deben cumplir sus estados partes. La Convención define y considera al niño conforme a sus atributos y derechos ante el Estado, la familia y la sociedad. Proclama que el menor es sujeto de derechos y que los instrumentos que los protegen no son sustitutivos de los mecanismos generales de protección reconocidos a toda persona, sino complementarios de ellos. El niño, por su falta de madurez, necesita protección y cuidados especiales, incluida la protección legal, antes y después de nacer.

### **3. Protección y acogida de los MENAS en situación de desamparo**

En España, la protección de los derechos de los MENAS en situación de desamparo está garantizada por la Constitución. El TC ha declarado la constitucionalidad de los derechos fundamentales de los extranjeros y que “el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional” está conformado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; la Carta Europea de los Derechos del Niño y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 de 15 de enero.

En la normativa infraconstitucional, la LOPJM 1/1996, entroncada en la Constitución española, dota al menor de la protección que trasciende de los tratados internacionales ratificados por España sobre la materia, en especial la CDN de 1989. Incorpora los principios de la Convención: igualdad de españoles y extranjeros en el disfrute de los derechos, el interés superior del menor y la responsabilidad de los padres de proteger a sus hijos. La LOPJM aborda una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de

protección del menor reguladas por el CC como el acogimiento, la adopción y la tutela. Además, otorga al Ministerio Fiscal el protagonismo en la protección del menor. El fundamento de esta Ley es “el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”.

La LOPJM 1/1996 complementa la regulación del CC en materia de protección del menor al señalar, en su art. 12, que “la protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados a tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley”. Sobre los menores extranjeros no acompañados en situación de desamparo establece que su acogida la realizará la entidad pública competente, que asumirá su tutela por ministerio de la Ley conforme a lo dispuesto en el art. 172 y ss del CC. En todas las contingencias en que se encuentre el menor tendrá derecho a la asistencia jurídica y a ser oído.

La protección de los derechos del menor la ejerce la Administración pública al asumir las comunidades autónomas, por la Ley 21/1987, la función de proteger los intereses del menor. Les corresponde a las CCAA declarar su situación de desamparo y asumir su tutela. En cambio, la guarda del menor la efectuará, por delegación, la entidad pública o privada que acoja al menor.

La irrupción de los menores extranjeros no acompañados en Europa supone una nueva generación de inmigración que plantea nuevos retos al sistema de acogida de los países de destino porque tienen que proporcionales la protección que necesitan conforme a sus constituciones, la normativa europea y la Convención de los Derechos del Niño.

Los MENAS, con perfiles y características diversas, demandan ayuda para satisfacer sus numerosas necesidades a las que la Administración tiene que dar solución mediante una atención personalizada, de manera que reciban igual trato que los menores nacionales en su misma situación. El esfuerzo realizado en España por la Administración del Estado y las comunidades autónomas es ingente. Unas comunidades la han hecho frente efectuando cambios en el sistema de protección de menores aumentando el número de



plazas a ellos destinadas, así como la adecuación de procedimientos y protocolos para atender sus necesidades específicas. Algunas autonomías señalan que el número de medidas que tienen como destinatario menores nativos, en los últimos años, se ha reducido en la misma proporción que han aumentado las medidas a menores de origen extranjero (11%).

La Administración central ha tenido intervenir para subvenir a las situaciones en que las CCAA se han visto desbordadas, como en la de Canarias, cuyos recursos, en determinados momentos, se vieron superados por la avalancha de MENAS que arribaron a sus costas. El Gobierno, estableció una Programa Especial para el Traslado y Atención de MENAS desplazados desde las islas a otras comunidades autónomas. En el año 2006 fueron 300 los MENAS que se trasladaron a comunidades peninsulares. La financiación del Programa corrió a cargo del Estado a razón de 80 € por MENA y día.

Con relación al cambio de modelo de acogida en España, se ha producido la evolución del acogimiento residencial al modelo actual. Durante varios siglos ha estado vigente en España el modelo de acogimiento residencial como respuesta a la necesidad de asistencia a los niños abandonados y desprotegidos, adoptando diferentes denominaciones: Casa de Expósitos, Casas de Misericordia, Casas Cuna u Hospicios. El Estado proporcionaba una respuesta única y universal, consistente en poner al niño en una institución que cubriese sus necesidades más elementales ante la falta de familia o las carencias que esta tuviese.

La situación cambió radicalmente al asumir las comunidades autónomas la competencia exclusiva del sistema público de prestación de servicios sociales. Así, la LOPJM establece dos modelos para acoger a los menores que requieran cuidado sustitutivo al de su familia: el de tipo familiar y el del tipo residencial. En el contexto actual de la protección, el acogimiento residencial es una posibilidad, entre otras, perdiendo su carácter de respuesta única.

La acogida de los menores no acompañados que llegan a España la realiza la Administración conforme al procedimiento establecido por la

normativa de extranjería y su reglamento de ejecución, que sistematiza el proceso en las siguientes fases:

Localización del menor por las FCSE o por cualquier otra persona, registro del menor y comunicación del hecho al Ministerio Fiscal y Delegación del Gobierno; determinación de su edad en caso de duda, por decreto del Ministerio Fiscal; incoación de expediente de repatriación por el Delegado de Gobierno; resolución del expediente de repatriación; repatriación o permanencia del menor en España; ejecución de la repatriación o concesión de permiso de residencia.

En todas estas fases del proceso de acogida el menor está bajo el cuidado y atención de los servicios de asistencia de la comunidad autónoma en que se encuentre que, con la participación del menor, redacta el plan de caso específico para cada menor que servirá de guía para su formación e integración en la sociedad.

La inclusión del menor en el sistema de acogida se inicia con la ficha del menor por las FCSE y se completa con datos posteriores. Servirá para inscribir al menor en el Registro de MENAS y es un instrumento de gran utilidad para contabilizar el número de menores y proveer en consecuencia sus necesidades de protección, efectuar la trazabilidad de cada menor dentro del sistema de protección y contribuir a su localización en caso de que lo abandone.

La efectividad del sistema de protección depende, en buena parte, del adecuado diseño y seguimiento del plan de caso para formar al menor y del seguimiento de la trazabilidad del menor por medio del REMENA, para reconducirlo al sistema en caso de que, por cualquier causa, salga de él.

#### **4. Plan de formación del MENA**

El sistema de protección tiene como finalidad que el menor finalice con aprovechamiento su plan de formación que le capacitará para adquirir la autonomía personal que le permita obtener un empleo, integrarse en la sociedad o regresar a su país en condiciones de desenvolverse con competencia.

En cambio, el objetivo que pretenden los menores es adquirir rápidamente las habilidades que le permitan cuanto antes trabajar para conseguir ingresos con los que satisfacer sus necesidades y ayudar a su familia. Muchos menores magrebíes, que son la mayoría, rechazan como pérdida de tiempo cualquier enseñanza que ellos perciban contraria a sus deseos.

El contraste entre las expectativas del menor y la realidad que se encuentra en España produce una desigual aceptación del plan de formación que se les ofrece, especialmente, por los menores magrebíes. La mayoría de estos menores no entienden que tengan que adaptarse al plan de formación que establece el art. 9 de la LOEX: los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a la enseñanza básica gratuita y a la obligatoria, y los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho también a la enseñanza posobligatoria. Para la mayoría de ellos, “su objetivo no es permanecer en los centros de acogida de menores sino encontrar un trabajo”.

La formación específica para cada menor establecida en su plan de caso, se desarrolla en los centros de formación. Corresponde a la Administración General del Estado y a las administraciones de las comunidades autónomas establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores para atribuirles la tutela ordinaria de los MENAS, art. 35.11 LOEX 2/2009.

Un problema que tienen que afrontar los MENAS es su dificultad para adaptarse al plan de formación escolar. La deficiente formación escolar de los MENAS magrebíes en su país de origen es el principal inconveniente para incorporarse al plan de formación. Otros pueden ser, su tardía incorporación al curso escolar, desconocimiento del idioma, problemas de acogida, y el ya citado del abandono del centro. Las comunidades autónomas intentan solventarlos mediante programas de educación compensatoria. En algunas comunidades autónomas existen centros específicos para MENAS, incluso si alcanzan la mayoría de edad, donde reciben la formación para la emancipación que es el objetivo que persiguen.

La cualificación de los profesionales de los centros es vital para la formación de los menores, pues, de su capacidad para hacerse cargo de la situación de los MENAS, hacerles comprender la nueva realidad en la que están inmersos, educarlos y formarlos en los ámbitos escolar y profesional, depende la integración del menor en el centro y posteriormente en la sociedad. No es tarea fácil encauzar las aspiraciones de los menores para evitar que su impaciencia, al no ver cumplidos sus deseos inmediatos, les lleve a salir del sistema de protección y caer en la delincuencia.

La plantilla de los centros cuenta con personal directivo, educadores, monitores, personal de apoyo y servicios. Pueden tener, además, psicólogo y mediador intercultural. Sería deseable que todos los profesionales, cuya intervención tiene lugar en un ambiente de diversidad cultural, poseyesen la competencia intercultural. Se recurre, en ocasiones, a la contratación de personal nativo para facilitar la comunicación con los menores de su misma cultura. En cuanto al aspecto cuantitativo, la proporción entre personal educativo y acogidos es generosa, pudiendo haber más de un profesional educador por menor, lo que representa una gran inversión en recursos humanos.

Persona clave en el centro es el mediador intercultural, cuya labor ayuda a comprender la realidad cultural de los menores y contribuir al entendimiento entre estos y el personal educativo. Su presencia y actividad es esencial para lograr la comunicación con el menor, con la familia del menor y recabar de esta la documentación necesaria para tramitarle los permisos de residencia y trabajo.

La dedicación de los educadores, como señala el Ararteko, no será habitualmente reconocida por los menores. Por el contrario, el personal de los centros debe hacer frente, en ocasiones, a la reacción violenta de los menores por rechazar la formación que se les ofrece. Un ejemplo de esta situación aconteció cuando los veintisiete miembros de la plantilla de tres centros del País Vasco pidieron simultáneamente la baja, lo que motivó su cierre temporal. El personal declaró que se encontraba desbordado física y mentalmente, alegaron problemas de deficiencia en el servicio y sobreocupación de las instalaciones. Reclamaron, además, que la edad mínima para la admisión se

estableciera en los quince años, y que se tuviera en cuenta los problemas particulares de los MENAS, como su adicción a las drogas, para su traslado a centros específicos.

El rechazo de los menores al plan de formación y las fugas de los centros de acogida son dos de los factores que impiden que los menores en ellos implicados no lleven a cabo su proyecto migratorio.

Por último, hay que señalar que los MENAS gozan de la exención de la situación nacional de empleo, cuando están tutelados por entidad competente y se ha acreditado la imposibilidad de regreso a su país, para las actividades que, a juicio de la entidad favorezcan su integración.

## **5. Disfuncionalidad normativa y administrativa referente a los MENAS**

El adecuado desarrollo del plan de acogida regulado por la normativa de extranjería, cuenta con las dificultades ya señaladas en el epígrafe anterior que pueden presentar los MENAS y los recursos humanos y materiales disponibles. A estas se añaden las que causan la disfuncionalidad normativa y administrativa en materia de asistencia social a inmigrantes.

El Estado tiene atribuida la competencia exclusiva en materias de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo (art. 149.1.2ª CE). No obstante, en virtud del art. 148.1.20ª CE y tras sucesivas reformas estatutarias, las comunidades autónomas han asumido competencias en materia de asistencia social, bienestar social, política infantil y juvenil, protección y tutela de menores. Las comunidades que tenían competencias en materia de legislación civil regularon, al amparo de esta normativa, las instituciones de protección pública del menor. Cataluña, acogiéndose a su competencia autonómica en instituciones públicas de protección y tutela de menores, reguló mediante una norma administrativa esa materia.

El resultado de la competición establecida entre las comunidades autónomas para adquirir el máximo techo competencial posible, ha sido, como señala Portero Molina, la aparición de un muestrario muy heterogéneo de las posiciones jurídicas de las comunidades autónomas cuya su complejidad es muy difícil de gestionar. El menor que, por causas varias, pasa de una a otra

comunidad se ve sometido a regímenes jurídicos diversos, con la consiguiente inseguridad jurídica y posible desigualdad de trato.

El Gobierno ha pretendido la armonización normativa estableciendo una legislación común aplicable en todo el territorio nacional. No obstante, las CCAA de Cataluña, Andalucía y otras, así como sectores doctrinales afines, cuestionan la actualidad del art. 194.1.2ª CE para establecer la competencia exclusiva del Estado en materia de extranjería y la capacidad de la LOEX 2/2009 para imponer medidas administrativas de coordinación obligatorias a las comunidades autónomas.

Sobre la segunda cuestión hay que señalar que el Estado puede dictar leyes que establezcan los principios precisos para armonizar las disposiciones normativas de las comunidades autónomas, incluso en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general, siendo necesario que la apreciación de esta necesidad sea aprobada por mayoría absoluta de cada Cámara (art. 150.3 CE).

En cuanto a la oportunidad del art. 194.1.2ª CE, la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña “señala que el conjunto de competencias o potestades, de evidente carácter asistencial y social que el art. 138.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye a la Generalitat, no relegan la competencia exclusiva que el Estado ostenta en materia de inmigración”, lo que no modifica la distribución competencial, en materia de extranjería, establecida en la Constitución.

Pero, la STC 31/2010 no parece haber satisfecho las expectativas de nadie, ni a los que esperaban una declaración clara de la inconstitucionalidad del Estatuto ni a los que confiaban que el Tribunal desestimara las impugnaciones. Para Montilla Martos y otros, ha sido decepcionante, pues consideran que es anacrónico atribuir al Estado la competencia exclusiva en materia de inmigración. Montilla considera que tanto el Estado como las comunidades autónomas participan en el fenómeno migratorio, ostentando competencias exclusivas o compartidas en materia de asistencia social a inmigrantes.



También es insatisfactoria para Galera Victoria que esperaba que la Sentencia avalase las políticas autonómicas en materia de inmigración y que convierten a las CCAA en protagonistas en el proceso de integración de los inmigrantes y en copartícipes de las políticas de inmigración en el conjunto del Estado.

Aparicio Whilhelmi, que comparte la línea doctrinal de Montilla, Galera y otros, califica la sentencia 31/2010 de retroceso. En efecto, para Whilhelmi, una primera lectura de la sentencia parece indicar que es conforme con el sentido propuesto por el legislador catalán. Pero como él mismo señala, el Tribunal acoge una orientación marcadamente restrictiva del alcance de la previsión estatutaria interpretada. Pues aunque el Tribunal admite una interpretación de la sentencia acorde con la Constitución, sí se entiende que las potestades en el Estatuto no se traducen en la atribución a la Generalitat de competencia alguna en materia de inmigración ya que lo relevante, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto, no es su rúbrica o la denominación de la materia o título competencial en cuestión, sino el alcance material de las concretas competencias estatutariamente atribuidas a la Comunidad Autónoma.

En opinión de Díaz Revorio, es criticable la utilización por el Tribunal de la técnica “ultrainterpretativa”, por ejemplo en el FJ 83, considera que el término “inmigración” del artículo 138 EAC no se corresponde con la materia constitucional homónima, competencia exclusiva del Estado, sino con “otras materias sobre las que puede asumir competencias la Comunidad Autónoma”, si bien en este caso, sin justificar el motivo, el Tribunal decide que “así se dispondrá en el fallo”. Las críticas de los votos particulares de esta sentencia, atípica o singular según Díaz Revorio, se centran, entre otras cosas, en la poca idoneidad de la técnica interpretativa del Tribunal para enjuiciar el Estatuto Catalán, en la invasión del ámbito del legislador, y en salvar la declaración de inconstitucionalidad de muchos preceptos atribuyéndoles un sentido diferente o contrario a su tenor literal<sup>879</sup>.

---

<sup>879</sup> Díaz Revorio, F. J. (2011). La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010 sus efectos sobre el Estatuto Catalán y otras normas del ordenamiento vigente. *Revista catalana de dret públic*, núm. 43, 2011, pp. 53-86.

En conclusión, la STC 31/2010 sobre el EAC no ha satisfecho a los que esperaban que el TC avalase su pretensión sobre la atribución de competencias en materia de inmigración y tampoco a los que, como Delgado Barrio, consideran que el Tribunal se aparta de su función estrictamente jurisdiccional, invadiendo el ámbito funcional del legislador para salvar de la declaración de inconstitucionalidad unos preceptos atribuyéndoles un sentido diferente, a veces contrario, de su tenor literal.

Diversas instancias internacionales han denunciado la disfuncionalidad normativa en materia de protección del menor. El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas denuncia la falta de coordinación administrativa y deficiencias en la legislación autonómica sobre el menor y recomienda a España, en noviembre de 2010: “que adopte todas las medidas necesarias para asegurar que la legislación y las normas administrativas de todas las comunidades autónomas se ajusten plenamente a los principios y las disposiciones de la Convención y los dos Protocolos facultativos” y que “siga procurando mejorar el sistema de coordinación efectiva y adecuada en la Administración central y entre las comunidades autónomas para aplicar

---

p. 64. Voto particular de Vicente Conde Martín de Hijas afirma: «Salvar la constitucionalidad de una Ley recurrida, negando lo que la misma dice, sobre la base de hacerla (*sic*) decir lo que no dice, más que un error, supone, a mi juicio, simultáneamente un modo de abdicación de la estricta función jurisdiccional y de ejercicio de una potestad constitucional que al Tribunal no le corresponde» [...]

p. 64. Voto particular de Javier Delgado Barrio afirma: “esta Sentencia, en una buena medida, se aparta de la función estrictamente jurisdiccional que le es propia para, en lo que denomina interpretaciones, crear unas normas nuevas invadiendo el campo funcional del legislador: salva así de la declaración de inconstitucionalidad muchos preceptos, pero esto se logra atribuyéndoles un sentido diferente, a veces contrario, al que su texto expresa e incluso en ocasiones se les despoja de toda virtualidad jurídica, reduciéndolos a meros propósitos o a simples pretensiones o sugerencias y, en algunos casos, a descripciones de la doctrina del Tribunal Constitucional, con todo lo cual viene a dar una redacción nueva a no pocos aspectos del Estatuto” [...]

p.71. Díaz Revorío. La utilización de esta técnica “ultrainterpretativa” no es insólita en la sentencia en examen [...] a veces se acompaña de un fallo de desestimación simple [...] el FJ 83, entre otros ejemplos que cabría mencionar, interpreta que el término “inmigración” del artículo 138 EAC no se corresponde con la materia constitucional homónima, competencia exclusiva del Estado, sino con “otras materias sobre las que puede asumir competencias la Comunidad Autónoma”, si bien en este caso, sin justificar el motivo, el Tribunal decide que “así se dispondrá en el fallo”.

políticas destinadas a la promoción y protección del niño, tal como ha recomendado anteriormente”<sup>880</sup>.

En el ámbito del Consejo de Europa, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo Europeo señala, en su informe del año 2005, que algunas de las dificultades apreciadas provienen de la “falta de coordinación entre las distintas administraciones autonómicas que, a veces, llevan a cabo políticas y prácticas distintas e incluso contrapuestas”. Denuncia además la “escasa cooperación entre la Administración autonómica y la Administración” del Estado para dar soluciones satisfactorias a los MENAS, estando repartida la responsabilidad sobre ellos “correspondiendo a la Administración autonómica la tutela y a la Administración estatal la repatriación y la documentación de los menores”<sup>881</sup>.

Para resolver la falta de coordinación administrativa, el Defensor del Pueblo, en su informe anual de 2014, propone la creación de una Agencia Estatal de Inmigración y Emigración que reúna y “coordine el trabajo de las distintas oficinas y departamentos que actúan en la Administración General del Estado y, también, en las Administraciones autonómicas”<sup>882</sup>.

Una dificultad añadida a la complejidad de integración del MENA su extraordinaria movilidad geográfica, a la que hay que sumar las ya señaladas de la deficiente coordinación entre las administraciones autonómicas y entre la administración autonómica y la Administración del Estado.

La extraordinaria movilidad geográfica del MENA, añade una dificultad a su integración debido a “la falta de coordinación entre las distintas administraciones. A diferencia de los menores extranjeros acompañados, con los que la intervención es eficaz, los problemas para la integración y adecuado

---

<sup>880</sup> VV.AA. (03 de Noviembre de 2010). *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: España*. Recuperado el 11 de Junio de 2014, de UNICEF: p. 3.

<sup>881</sup> VV.AA. (2005). *Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España 10-19 de marzo de 2005 a la atención del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria*. Madrid: Defensor del Pueblo. p. 36.

<sup>882</sup> España Exterior. (10 de Junio de 2008). *El Defensor del Pueblo propone crear una Agencia Estatal de Inmigración y Emigración*. Recuperado el 13 de Junio de 2014, de Xunta de Galicia. Del Informe del Defensor del Pueblo, Enrique Mújica, del año 2007.

desarrollo de los MENAS son enormes a pesar del interés y recursos empeñados por la Administración, en especial la autonómica.

## **6. Protección integral del MENA**

El sistema de protección de los MENAS en España está dirigido a proporcionarles una protección integral a través de su educación, formación escolar y laboral, y asistencia social y sanitaria siguiendo los principios y objetivos de su plan de caso, con la finalidad de que consiga la autonomía personal y laboral. La coordinación de todas las actuaciones que se lleven a cabo con el menor, su supervisión por las instituciones competentes y la protección jurídica del MENA son factores que deben estar presentes en todos los ámbitos de su ejecución.

La triple vulnerabilidad presenta el MENA por ser menor de edad, por ser extranjero y por no estar acompañado necesita ser remediada mediante la protección jurídica, unificación de la normativa que le afecte y la implicación de profesionales con la debida cualificación.

La actuación coordinada de todas las instituciones y agentes que intervienen con el menor, desde su localización hasta su integración en la sociedad, es una necesidad que no debería ser afectada negativamente por la diversidad normativa y administrativa. En el ámbito de la inmigración, la coordinación es sentida por la mayoría de la doctrina como la necesidad ineludible de hallar una solución eficaz que permita la coordinación de las actuaciones en materia de inmigración desarrolladas por la Administración. Las medidas de coordinación adoptadas por la normativa de extranjería han demostrado no ser suficientes.

La reciente Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, de 13 de octubre 2014, por la que se aprueba el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENAS, pretende la coordinación de los ministerios de Justicia, Interior, Empleo y Seguridad Social, Sanidad, Servicios Sociales, Asuntos Exteriores y de Cooperación y la Fiscalía General del Estado, y establece todas las medidas jurídicas y administrativas a las que se atenderán todas las instituciones firmantes. No obstante, sin una

institución responsable de la coordinación de todos estos organismos, la medida carecerá de la debida operatividad.

Sería deseable que el Ministerio Fiscal, fuese la institución responsable de promover, promocionar e impulsar la coordinación de las instancias intervinientes en el citado Protocolo, por estar prevista su intervención en la práctica totalidad de las intervenciones que se realizan con los MENAS y en todas las fases de su proceso de integración, lo que unido a los principios de actuación que rigen sus funciones y la capacidad para actuar en todo el ámbito nacional, recomiendan su idoneidad.

La LOPJM 1/1996, art. 4, ordena al Ministerio Fiscal ejercer labor de vigilancia sobre todos los centros que acogen a menores; actuar de oficio en interés del menor proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estime oportunas; recibir las comunicaciones de autoridades y servicios públicos de la atención prestada al menor; llevar, cada Fiscalía, el índice de las tutelas de menores mediante la oportuna remisión de los datos que le hace la entidad pública y sus modificaciones posteriores fundamentadas.

La supervisión del Defensor del Pueblo de las instituciones que llevan a cabo actuaciones relacionadas con el MENA, forma parte de la tarea que le encomienda el art. 54 CE para defender los derechos del Título I de la Constitución. En esta labor, no sólo visitan las instalaciones, sino que los supervisores entrevistan a los directivos, al personal de los centros y a los menores ingresados que proporcionan una valiosa opinión personal sobre el tratamiento que reciben. El Defensor denuncia que “ninguna de las administraciones competentes hace un seguimiento frecuente de la situación en que se encuentran los centros, y muy pocas mantienen un contacto regular y fluido con los menores” (Informe de febrero 2009)<sup>883</sup>.

El menor, por su parte, puede plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo, haciéndose cargo uno de sus adjuntos, de modo permanente, de los asuntos relacionados con los menores (art. 10.2 LOPJM)

---

<sup>883</sup> VV.AA. (02 de Febrero de 2009). *Defensor del Pueblo. Centros de protección de monores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*. Madrid: Defensor del Pueblo. p. 401.

En el informe del Defensor del Pueblo, de 18 de septiembre de 2012, analiza la trata de seres humanos desde la perspectiva de los derechos humanos y de género, pone de manifiesto las carencias detectadas en la identificación de las víctimas, algunas de ellas menores de edad, y propone posibles soluciones al problema.

Para remediar el déficit de coordinación administrativa en materia de inmigración, propone la creación de una Agencia Estatal de Inmigración y Emigración que reúna con el objeto de coordinar el trabajo de las oficinas y departamentos que actúan en la Administración del Estado y en las administraciones autonómicas.

## **7. Menores fuera del sistema de protección**

La realidad de los menores extranjeros no acompañados que viven en la calle fuera del sistema de protección, bien sea por decisión propia o porque no los detecta, constituye un grave problema que cuestiona la eficacia para atenderlos y, si realmente, estos menores están realmente desamparados.

Son dos las causas principales que motivan que el MENA se encuentre al margen del sistema de protección: la inmigración ilegal y su fuga del centro de acogida. De la inmigración ilegal deriva la dificultad del menor para acceder al sistema de protección por no contactar con el agente competente, por ser víctima de las mafias de explotación laboral o sexual o por caer en la delincuencia.

Los menores que se fugan del centro lo hacen porque no les gusta, para irse a otro que se adapte mejor a sus expectativas, o porque temen la repatriación. Aunque los MENAS no sean conscientes de ello, la fuga de un centro para ir a otro le supone un serio retraso en su plan de formación y, con ello, la demora para conseguir las autorizaciones de residencia y de trabajo y, por ende, de integración. La desaparición de los menores no acompañados de los centros, que deberían estar al cuidado de las autoridades nacionales, es un asunto que genera gran preocupación en Europa y en España por los riesgos a que están expuestos fuera de ellos.

La mayoría de la doctrina comparte que la causa que provoca las fugas de los menores estriba en el contraste del proyecto idealizado del MENA con la



realidad que se encuentra en España. El desencanto del menor es motivado por la dificultad de encontrar trabajo y por no recibir de su familia la documentación necesaria para conseguir los permisos de residencia y trabajo, por lo que busca, según información que obtiene de sus redes, el centro que mejor le convenga o donde otros menores le han dicho que no se realizan repatriaciones.

A pesar de la gravedad del problema, para un determinado sector de trabajadores sociales la fuga del centro es una opción del menor. Para Gimeno Monterde, el itinerario que le ofrece el sistema de protección “es sólo uno más de los múltiples itinerarios que, en paralelo, los menores recorren acompañados por actores a menudo ocultos a la Administración como los familiares en España y Europa y las redes de iguales; o en escenarios donde los Servicios Sociales tienen dificultades para actuar, como la infracción jurídica, la prostitución y las redes de explotación”<sup>884</sup>.

Para Suárez-Návaz, alternar períodos de protección con otros de desprotección es simplemente un itinerario intermitente del menor que busca la regularización, al mismo tiempo que conservar la autonomía frente a la Administración. Suárez-Návaz afirma que los MENAS “son conscientes de este acompañamiento entre iguales y de que la lógica de las redes que apoyan e informan no hace sino reducir los riesgos y los costes personales del proyecto migratorio. De ahí que racionalicen la presencia de este actor ajeno a la acogida”<sup>885</sup>.

En primer lugar, es conocido el hecho de la fuga de los menores de los centros por los directores de establecimientos y por todos los agentes que tienen responsabilidad en su protección. No obstante, aunque se conozcan sus causas y graves consecuencias, no encuentran la solución adecuada para evitarlas.

Por otra parte, entendemos que es muy superficial el razonamiento de estos profesionales del trabajo social, presentando la fuga de los menores de

---

<sup>884</sup> Gimeno Monterde, C. (2013). *Jóvenes que migran solos. Actores y escenarios fuera de los sistema de protección de menores*. Publicaciones Universidad Autónoma. Alternativas, 20, pp. 41-56. p. 41.

<sup>885</sup> *Ibídem*. p. 46.

los centros como una opción, pues el mismo Gimeno Monterde señala los graves riesgos a los que se exponen los menores fuera del sistema de protección que pueden ser: “llegar a la edad adulta sin regularizar su residencia y con fuertes nexos con la infracción y el lumpemproletariado”; “Itinerario de menores subsaharianas que llegan a destino adoptadas por la familia extensa que la fuerza a la prostitución y otras situaciones similares”<sup>886</sup>.

El sistema español de protección del menor, basado en la constitución y en la legalidad, no compadece con estos planteamientos que ofrecen como alternativa a la seguridad del sistema de protección, la infracción jurídica, la prostitución y la explotación.

Las MENAS no detectadas por el sistema de protección constituyen una novedad dentro del grupo de MENAS fuera del circuito de protección, porque presentan problemática propia. A su situación de desprotección se añade que se las oculta con fines de explotación, lo que lleva a su invisibilidad e impide que su condición de desamparo sea percibida y remediada.

El problema de los MENAS y las MENAS que deambulan por España y Europa fuera del sistema de protección es un asunto sin resolver al que, en opinión de Senovilla y otros, se le presta poca atención. No es razonable que un sistema, al que se le dedican tantos recursos personales y materiales, carezca de los instrumentos adecuados para evitar que los menores en desamparo no los utilicen o salgan fuera de ellos, con los riesgos evidentes a que se exponen.

## **8. Política migratoria de la UE**

La política migratoria de la UE pretende combatir la inmigración ilegal, favorecer la legal y controlar los flujos migratorios. Los fundamentos de esta política se establecieron en el Consejo Europeo de Tampere, 15 de octubre de 1999, con los que prioriza vigilar las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal, establecer una política de inmigración legal y la creación de un sistema común de asilo.

---

<sup>886</sup> Gimeno Monterde, C. (2013). *Jóvenes que migran solos. Actores y escenarios fuera de los sistema de protección de menores*. Publicaciones Universidad Autónoma. Alternativas, 20, pp. 41-56. p. 45.

La criticada Directiva de Retorno 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre, es el instrumento comunitario para armonizar las políticas de inmigración de los estados miembros. Constituye el primer intento para crear un modelo de medida y procedimiento europeo de alejamiento, el retorno, con el fin de asegurar un funcionamiento mínimo común de las medidas europeas, en los procedimientos de estancia irregular, con la intención de informar la regulación del resto de supuestos de alejamiento. Reconoce el legítimo derecho de los estados miembros de hacer retornar a los nacionales de terceros países en situación irregular, siempre y cuando cuente con sistemas de asilo justos y eficientes, que respeten el principio de no devolución.

La Directiva otorga trato especial como personas vulnerables a los menores y a los MENAS (art. 3 Directiva). Dispone que los estados miembros tendrán en cuenta el interés superior del menor nacional de tercer país y respetarán el principio de no devolución (art. 5 Directiva). También, que antes de dictar una decisión de retorno sobre MENAS, se les concederá “la asistencia jurídica de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno”. Por último, que antes de expulsar a un MENA del territorio de un estado miembro se asegurarán de que será recibido por un miembro de su familia, un tutor designado o por los servicios competentes del país de retorno (art. 10.2 Directiva).

Para Moya Malapeira, las garantías que ofrece la Directiva a los menores no son suficientes porque, en su opinión, al incluirlos en ella se les somete a su régimen, “de lo que se deduce que los mismos puedan ser expulsados, en lo que constituye una primera desviación del régimen aplicable en España que impone una medida de alejamiento especial, la repatriación del art. 35 LO 4/2000, que por razón de su especialidad excluye la aplicación de otras medidas de alejamiento como la devolución o la expulsión que conllevan una prohibición de entrada”. La crítica de Moya no compadece con el art. 5 de la Directiva que dispone que los estados miembros respetarán el principio de no devolución<sup>887</sup>.

---

<sup>887</sup> Moya Malapeira, D. (Diciembre de 2008). La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros. *REDCE*, pp. 101-164. p. 148.

En opinión de Boza Martínez, el TC define la naturaleza de la devolución como medida no punitiva, pues no supone ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino medida de restitución de la legalidad conculcada. En cambio, para el Tribunal la prohibición de entrada sí tiene naturaleza de sanción administrativa, impuesta como consecuencia de una conducta concreta, y son aplicables las garantías procesales establecidas en el art. 24 CE.

La aplicación de la Directiva no estaba clara, por lo que los tribunales nacionales han planteado varias cuestiones prejudiciales interpretativas al TJUE, sobre determinados apartados de los arts. 8, 15 y 16. El Tribunal resuelve que los arts. 15 y 16 reúnen las condiciones exigidas por la jurisprudencia en el sentido de que no precisan otra especificación para que los estados miembros la puedan aplicar. En consecuencia, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, en particular, cuando éste haya incumplido su obligación de adaptarla al Derecho interno en el plazo establecido por la Directiva o su adaptación haya sido incorrecta.

La STJUE de 28 de abril de 2011, asunto *El Dridi* C-61/11, señala, por una parte, la efectividad de la Directiva de Retorno para armonizar las políticas de los estados miembros de la Unión en materia de inmigración, por otra, que la medidas adoptadas por los estados no deben desvirtuar uno de los objetivos de la Directiva que es el de combatir la inmigración ilegal. Por tanto, la pena de privación de libertad que se le ha impuesto a este inmigrante en situación irregular no debe impedir, ni siquiera temporalmente, el objetivo de la Directiva que es el retorno del inmigrante.

Sobre la entrada en un país, el Derecho internacional reconoce el derecho de toda persona a circular libremente, a salir de su país y regresar a él y a solicitar asilo y gozarlo en cualquier país (DUDH). Pero sólo tiene derecho a circular libremente en el territorio de un país la persona que se encuentre legalmente en él (PIDCP).

Conforme al CEDH los extranjeros no se benefician del derecho de entrada y permanencia en un país. El TEDH considera legítimo que los estados controlen el acceso de los no nacionales dentro de sus fronteras. Sentencias *Gül c. Suiza*, *Ahmut c. Holanda*, *Sen c. Holanda* y *Tuquabo-Tekle c. Holanda*.

No obstante, el TEDH protege los derechos de los extranjeros en los casos de su expulsión, repatriación o devolución.

Sobre la solicitud de asilo, en el caso del MENA la presente en varios países, el Tribunal interpreta que, según los criterios del sistema de Dublín, el estado miembro responsable de atender la solicitud será en el que se encuentre el menor, STJUE, de 6 de junio de 2013, caso MA, BT y DA, Asunto C-648/11.

El TJUE considera lícito el derecho de los estados miembros a establecer controles en las fronteras en el Código de Fronteras *Schengen*. El Tribunal recuerda que, a pesar de que los controles fronterizos se encuentren prohibidos, las inspecciones dentro del territorio de un Estado miembro están permitidas por el art. 21 del citado código. El Tribunal determina el carácter similar de los controles en las fronteras y en el interior si están dirigidos a detectar a las personas en situación irregular y a desalentar la inmigración ilegal persiguiéndose este objetivo en todo el territorio. El elemento fundamental para no considerar vulnerado el art. 20 del Código es que, en ningún caso, esos controles se realicen en las fronteras ni en el momento de cruce de las fronteras sino en el interior del territorio, caso *Adil* vs Holanda, asunto C-278/12 STJUE, de 19 de julio de 2012.

Sobre el derecho de entrada de los extranjeros en España, el TC declara que son constitucionales los derechos de los extranjeros del art. 19 CE: “[...] resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19” (STC 160/1991, 18 de julio). Sin embargo, el ejercicio del derecho de entrada y salida no es el mismo que el de los españoles, siendo permisible que “[...] las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella” (STC 94/1993, 22 de marzo).

## **9. El interés superior del menor**

El interés superior del niño fue establecido como principio fundamental por la CDN, art. 3.1, que será la consideración primordial a tener en cuenta en

todas las actuaciones que se realicen con respecto al menor por las instituciones responsables de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

El interés superior consiste no sólo en buscar lo mejor para él, sino en ayudar al menor a conseguir progresivamente la autonomía e identidad de adulto que le habilite para ejercer directamente sus derechos y libertades indeclinables.

El interés superior del menor es para la mayoría de la doctrina un concepto jurídico indeterminado, pero, que es posible identificarlo en cada caso concreto. “Impone al sujeto que se encuentra obligado a aplicarlo un proceso complementario y paralelo en el que deberán ser ponderadas todas y cada una de las circunstancias que concurran a fin de conseguir determinar de manera efectiva cual sea el interés del menor en la específica situación a resolver”<sup>888</sup>.

La jurisprudencia de los tribunales ha tenido que dirimir, en muchos, entre intereses opuestos cuál era el interés superior del menor. El TEDH, en los casos: *Bronda* contra Italia; *Sahin* contra Alemania; *Pini* y otros contra Rumanía, determina cuál es el interés superior del niño en cada uno de ellos, incluso, prevaleciendo sobre el de sus padres o familiares. Desde la perspectiva de su desarrollo, el interés superior del menor depende, según el TEDH, de la variedad de las circunstancias que afectan al menor, en particular su edad, grado de madurez, la presencia o ausencia de sus padres, su medio ambiente y experiencias, por lo que debe ser valorado en cada caso individualmente (STEDH: *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* 41615/07, 8 de enero de 2009).

En el ámbito interno, el Tribunal Supremo, sentencia 832/2012, de 31 de enero de 2013, considera que el interés superior del menor es el criterio a que debe atenderse para la adopción de las medidas judiciales sobre su cuidado y educación. En este caso, el progenitor guardador ha incumplido el art.776.3

---

<sup>888</sup> Carbonell Benito, G. (2009). *El interés del menor: Criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor de Menor y del Ministerio Fiscal*. Valencia : Tirant Lo Blanch. p. 136



LEC: "El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas". No obstante, el Tribunal no aplica la citada disposición porque perjudicaría al menor, ya que, "supondrá un auténtico trauma (para el niño) el verse sometido al cambio de custodia, que se le había concedido a la madre", por lo que desestima el recurso del padre.

Esta decisión judicial correlaciona con lo que sostiene Pi i Llorens, son los principios los que informan las normas jurídicas concretas, lo que hace factible que el juez pueda no atender el precepto literal de una norma si esta colisiona con un principio relevante para el caso concreto.

Es al juez competente a quien le corresponde la función más difícil para determinar cuál es el interés superior del menor, pues tiene que decidir sobre una cuestión que no conoce directamente, sino a través de la versión subjetiva de las partes con intereses contrapuestos, las pruebas y testimonios de otras personas o instituciones que valoran la situación según su preferencias. Pero tiene, o puede recabar, los medios en los que basar objetivamente su decisión, con la finalidad de valorar qué es realmente lo que le conviene al menor, no para satisfacer sus deseos a corto plazo, sino para que, a largo plazo, sea viable el desarrollo de su personalidad.

Una cuestión práctica importante es la identificación del interés superior del menor en el expediente de repatriación, que consiste en determinar cuál es la opción más conveniente para él entre ser repatriado al país de origen con su familia o concederle la residencia en España. Para decidir correctamente se tendrá que ponderar, entre otros factores, cuál es la voluntad expresada por el menor, las posibilidades que se le ofrecen en su país de origen, el ambiente de seguridad en el que se desenvolverá la repatriación y las consecuencias que conllevará para él y para su familia (maltrato que puedan recibir o penas que se le impusieran por emigrar ilegalmente). La solución adoptada, entre las posibles, deberá ser la que en el largo plazo mejor se adapte al interés superior del menor.

La vulneración del derecho del menor, durante el proceso de repatriación, a la tutela judicial efectiva y a ser oído por el órgano competente puede ser recurrida por el menor o su representante legal. La STC 183/2008, de 22 de diciembre, resuelve el recurso de amparo promovido por un menor marroquí frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid. El TC señala en el FJ 3 que se ha vulnerado el derecho del menor a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, ya que la repatriación del menor es un supuesto que afecta su esfera personal y familiar, y no ha sido oído o explorado por el órgano judicial en la adopción de medidas que le afectan.

#### **10. Capacidad del sistema constitucional español para garantizar los derechos fundamentales de los MENAS**

El sistema constitucional español, que vio la luz una década antes de que surgiera el fenómeno de la inmigración irregular infantil, tiene la capacidad para la protección de los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados por basar el orden político y la paz social en la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes, art. 10.1 CE.

Como hemos señalado *ut supra*, mediante las remisiones que la Constitución hace en los arts. 96.1, 39.4, 10.2 y 93 CE a los tratados y convenios internacionales, el sistema constitucional español de protección de derechos se articula en los correspondientes sistemas de internacionales, lo que supone elevar el nivel de eficacia y protección constitucional, en particular, en lo que se refiere al menor, en las condiciones que establece nuestro Tribunal Constitucional. De esta manera, el estatuto jurídico indisponible del menor está conformado por la Convención sobre los Derechos del Niño; la Carta Europea de los Derechos del Niño; y la LOPJM 1/1996.

Por otra parte, las disposiciones de nuestra Constitución sobre la protección de los derechos fundamentales de los extranjeros y su grado de apertura y proyección universal, han permitido al TC establecer un estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados que los equipara, en el ejercicio de los derechos, con nuestros menores nacionales. El sistema constitucional español, por tanto, proclama, define, garantiza y defiende los

derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados en las mismas condiciones a los menores nacionales.

La emigración irregular de los menores extranjeros no acompañados surge una década después de la entrada en vigor de nuestra Constitución de 1978. No obstante, sus disposiciones sobre la protección de los derechos fundamentales de los extranjeros y su apertura y proyección universal, han permitido al TC establecer un estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados que los equipara, en el ejercicio de los derechos, con nuestros menores nacionales. El sistema constitucional español proclama, define, garantiza y defiende los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados.

En cambio, no se estableció en nuestra Constitución el techo máximo de las competencias que podrían alcanzar las comunidades autónomas en materia de extranjería, lo que ha supuesto la disfunción normativa y administrativa en las materias que afectan a la protección de los menores extranjeros no acompañados, generándoles inseguridad jurídica y diversidad de trato en las comunidades autónomas.

Podemos concluir que España cuenta con un sistema jurídico constitucional eficiente para proteger los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados. No obstante, presenta una vulnerabilidad que, hasta ahora, no han sido adecuadamente corregida consecuencia de la diversidad normativa y administrativa que genera inseguridad jurídica y deficiencias en la igualdad de trato de los menores extranjeros no acompañados.

Por otra parte, no se ha prestado la debida atención ni adoptado las medidas proactivas necesarias, para evitar que los menores no acompañados que voluntariamente quedan fuera del sistema de protección estén expuestos a caer en la delincuencia, en el consumo de drogas o ser víctimas de la explotación laboral o sexual. Como consecuencia la efectividad del sistema redunda en beneficio de un porcentaje no determinado de menores a los que se dedica una importante inversión en recursos humanos y materiales, que va en detrimento de la que se realiza con los menores nacionales.



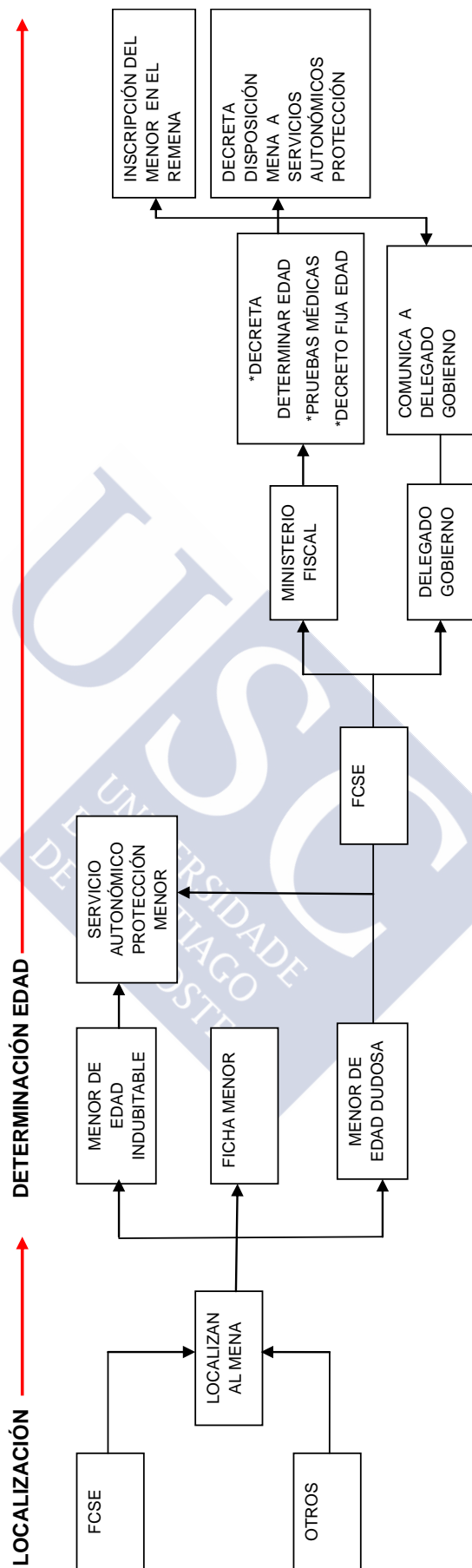
## **ANEXOS**

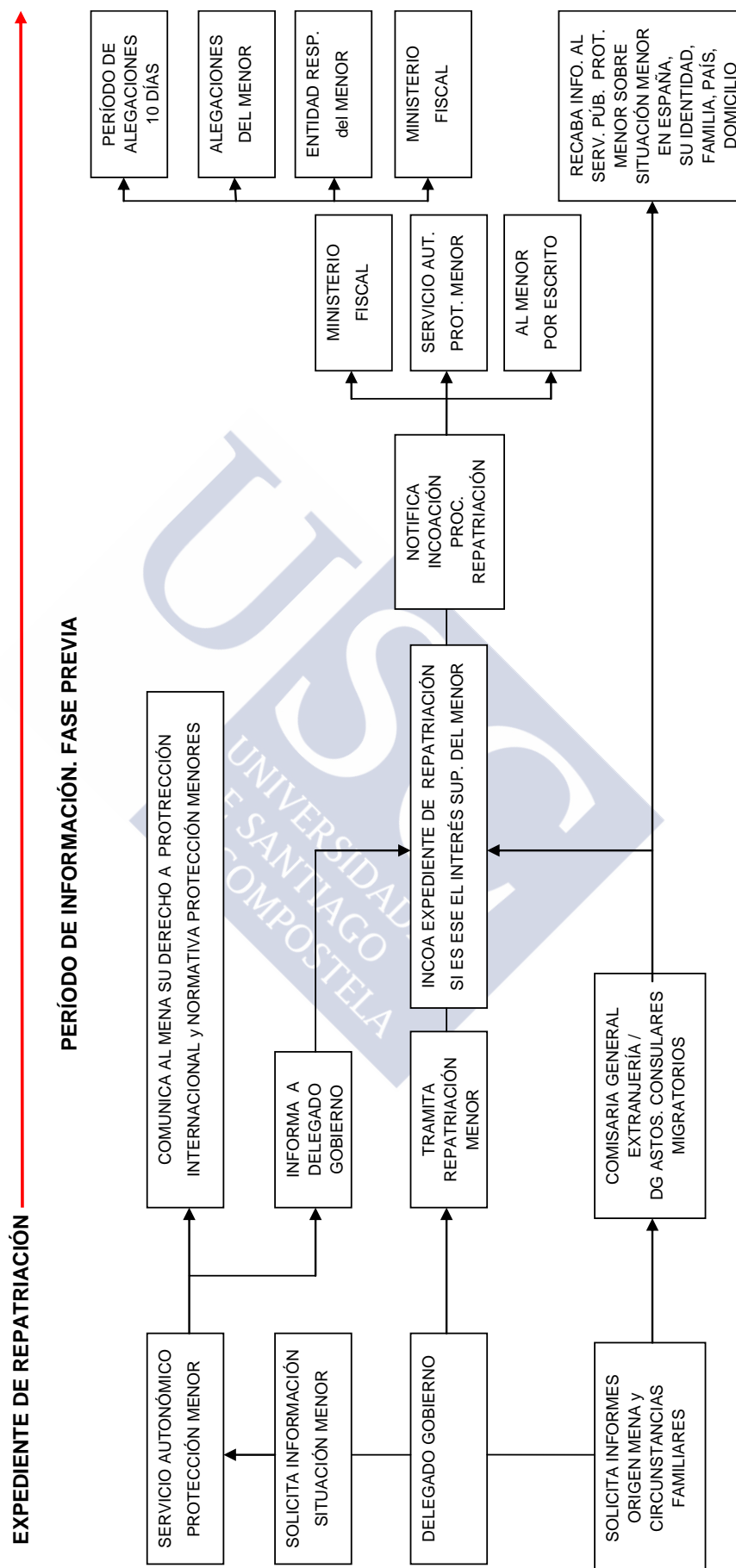


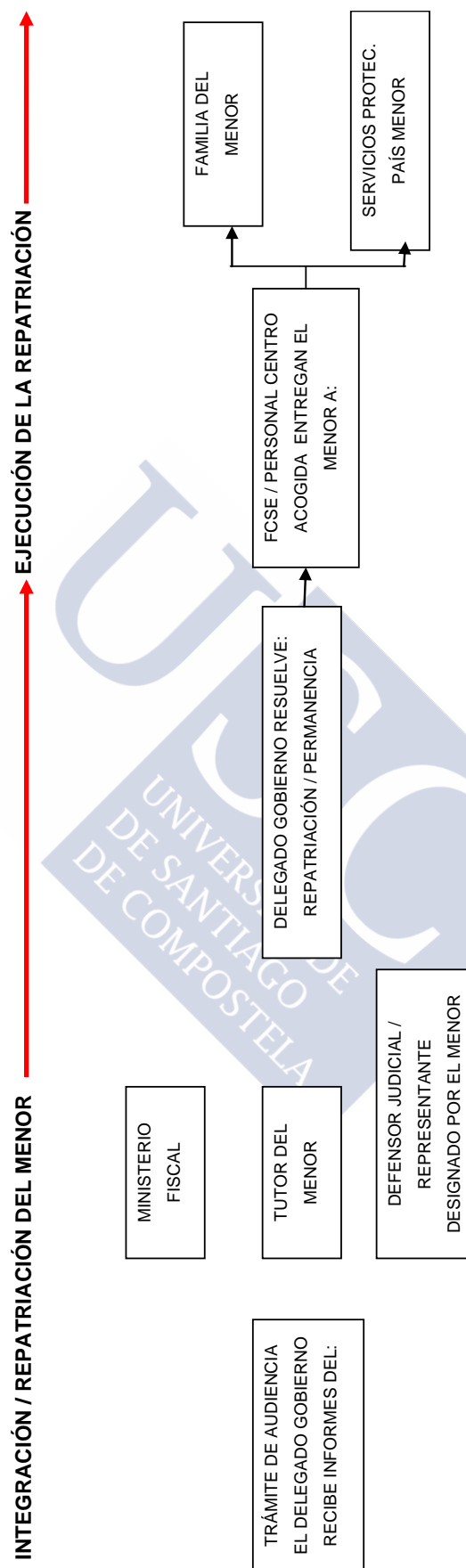




PROCESO DE ACOGIDA MENAS









## BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. (2008). *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*. Recuperado el 24 de Noviembre de 2014, de UNICEF: [http://www.unicef.org/lac/MIGRACION\\_UNICEF.pdf](http://www.unicef.org/lac/MIGRACION_UNICEF.pdf)

Abrisketa Uriarte, J. (2014). El Derecho a la Educación y los Derechos en la Educación en España: Análisis Crítico de la LOMCE. *International Multilingual Journal of Contemporary Research*. December 2014, Vol. 2, No. 4 , pp. 29-60.

Aguilar Calahorro, A. (s.f.). *Universidad de Granada*. Recuperado el 11 de Noviembre de 2013, de El Sistema Constitucional de España: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/01AAguilar.htm>

Aguilar-Morales, J. (2009). *La educación en la antigua Grecia*. Recuperado el 03 de Enero de 2015, de Asociación Oaxaqueña de Psicología A. C.: [http://www.conductitlan.net/historia\\_educacion\\_grecia](http://www.conductitlan.net/historia_educacion_grecia)

Aller Floreancig, T. y. (2012). *Informe Complementario para la Evaluación de la Implementación en España del Convenio del Consejo de Europa Sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos*. Madrid: FAPMI-ECPAT España.

Allueva Aznar, L. (Octubre de 2011). *Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores*. Recuperado el 11 de Mayo de 2014, de Revista para el análisis del Derecho: [http://www.indret.com/pdf/854\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/854_es.pdf)

Alonso Sánchez, B. (s.f.). *Protección y Tutela de Menores*. Recuperado el 27 de Mayo de 2015, de Pórtico legal: [http://porticolegal.expansion.com/pa\\_articulo.php?ref=388](http://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=388)

Alonso Sanz, L. (2009). El Derecho de Asilo de Menores No Acompañados: Una Propuesta de Regulación Más Segura. *UNED. Revista de Derecho Político Nº 74* , pp. 215-260.

Alvarado Planas, J. e. (1999). *Temas de Historia del Derecho y de las Instituciones*. 2ª Edición. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Álvarez Conde, E. (s.f.). *El sistema constitucional español de derechos fundamentales*. Recuperado el 20 de Diciembre de 2013, de Universidad Rey Juan Carlos:  
<http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/1747/1/El%20sistema%20constitucional%20espa%C3%B1ol%20de%20Derechos%20Fundamentales.pdf>

Álvarez Conde, E. (2010). Europa y el proceso de descentralización . *Jornadas "el Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña* (págs. pp. 23-49). Valencia : Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir".

Álvarez Conde, E. (1980). *Las Comunidades Autónomas*. Madrid: Editora Nacional.

Álvarez Ossorio-Micheo, F. (2006). Los derechos fundamentales. En P. (. Cruz Villalón, *Hacia la europeización de la Constitución española* (págs. pp. 75-108). Bilbao: Fundación BBVA.

Álvarez Rodríguez, A. (22 de Enero de 2008). *Ocho Sentencias y un Auto del Tribunal Constitucional*. Recuperado el 03 de Febrero de 2015, de Universidad de León: <http://www3.unileon.es/ce/fde/archivos/docentes/aureliaalvarezrodriguez.htm>

Álvarez Vélez, M. I. (1994). *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

Amerzúa Amerzúa, L. C. (Julio de 2004). *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Recuperado el 28 de Febrero de 2014, de Revista de Derecho (Valdivia): [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502004000100005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502004000100005&script=sci_arttext)

Amerzúa, A. (12 de Marzo de 2010). *La reforma de la Ley de Extranjería realizada por la LO 2/2009*. Recuperado el 11 de Abril de 2014, de Universidad de Granada:  
[www.ugr.es/~detrabajosocial/...jornadas\\_inmigracion...trabajo\\_social/mo](http://www.ugr.es/~detrabajosocial/...jornadas_inmigracion...trabajo_social/mo)



Andreo Tudela, J. C. (31 de Octubre de 2012). *Hacia la gestión integrada de la inmigración y la extranjería desde una perspectiva multinivel. Una aproximación al caso de Andalucía*. Recuperado el 10 de Octubre de 2014, de Servicio Andaluz de Empleo. Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo: [http://www.redesinterculturales.org/system/files/02.\\_libro\\_interior.\\_ok\\_31\\_oct\\_20121.pdf](http://www.redesinterculturales.org/system/files/02._libro_interior._ok_31_oct_20121.pdf)

Antoine-Grégoire, J.-L. (Mayo de 2013). *El respeto de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Recuperado el 27 de Noviembre de 2013, de Parlamento de la Unión Europea: [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_2.1.2.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.1.2.pdf)

Antonio Gil, A. e. (2013). *Cooperación y Reparto Competencial en los Estados Descentralizados*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics.

Arangüena Fanego, C. (2008). Garantías Procesales en la Directiva de Retorno. *Revista de Estudios Europeos*, nº 50 , pp. 73-91.

Argüelles Álvarez González, A. (1812). *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Arrese Iriondo, M. N. (2011). *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*. Bilbao: Servicio Editorial .

Arroyo Gil, A. e. (2013). *Cooperación y Reparto Competencial en los Estados Descentralizados*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autonòmics.

Bache, I. e. (2011). *Politics in the European Union. Third Edition*. Oxford: Oxford University Press.

Balaguer Callejón, F. (s.f.). *El Contenido Esencial de los Derechos Constitucionales y el Régimen Jurídico de la Inmigración. Un Comentario a la STC 236/2007 de 7 de Noviembre*. Recuperado el 01 de Febrero de 2015, de Universidad de Granada: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/15FranciscoBalaguerCallejon.htm>

Baloira, E. (s.f.). *monografías.com*. Recuperado el 4 de Octubre de 2013, de <http://www.monografias.com/trabajos6/dehu/dehu.shtml>

Barber Cárcamo, R. y. (2007). La nueva legislación riojana sobre defensa y protección del menor. *Anuario Jurídico de La Rioja*, nº 12 , pp. 36-66.

Batuecas, J. M. (2009). *La Expulsión del Extranjero en la Legislación Española*. San Vicente (Alicante): Editorial Club Universitario.

Belguendouz, A. (2004). *La nueva ley marroquí de in(e)migración* . Recuperado el 17 de Diciembre de 2014, de Universidad Autónoma de Madrid: [https://www.uam.es/otroscentros/TEIM/Observainmigra/Atlas 2004/04 politica de inmigracion/belguendouz\\_la nueva ley marroqui.pdf](https://www.uam.es/otroscentros/TEIM/Observainmigra/Atlas%202004/04%20politica%20de%20inmigracion/belguendouz_la%20nueva%20ley%20marroqui.pdf)

Benamar, J. (2009). Inmigración, Integración e Interacción en el Futuro del Mediterráneo. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* , pp. 27-38.

Blanco Valdés, R. L. (2006). *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.

Blanco Valdés, R. L. (2011). *La Constitución de 1978*. Madrid: Alianza Editorial.

Blázquez Rodríguez, I. (2008). "Facultades competenciales y funciones de las Comunidades Autónomas en inmigración: un análisis desde las estrategias fijadas por la Unión Europea". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm 10, julio-diciembre de 2008. , pp. 275-310.

Blas Guerrero, Andrés de y García Cotarelo, Ramón. (1988). *Teoría del Estado*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Blas, Andrés de et al. (1983). *Introducción al Sistema Político Español*. Barcelona: Teide.

Blasi Casagran, C. (2010). *La Protección de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa*. Barcelona: Institut Universitari d'Estudis Europeus. Universitat Autònoma de Barcelona.

Borrajó Iniasta, I. (2003). "El desorden administrativo de la inmigración en España". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 119-133.

Bosch Marín, J. (1978). *Anales de la Real Academia Nacional de Medicina. I Sesión Científica*. Madrid.

Boschiero, N. e. (2013). *International Courts and the Development of International Law*. En F. Trombetta-Panigadi, *The European Court of Human Rights and the best interests of the child in the recent Case Law on international abduction*. The Hague: Asser Press.

Bravo Amaia, A. y. (2012). *Evolución histórica, modelos y funciones del acogimiento residencial*. Recuperado el 09 de Diciembre de 2014, de Servicios Sociales de Cantabria: [www.serviciosocialescantabria.org/.../Interv%20Socioeducativa\\_Acogi..](http://www.serviciosocialescantabria.org/.../Interv%20Socioeducativa_Acogi..)

Bravo Arteaga, A. e. (2010). *Revisión de actuaciones llevadas a cabo con menores extranjeros no acompañados en el Estado Español*. Recuperado el 28 de Noviembre de 2014, de Observatorio de la Infancia de Asturias: <http://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/documentos/menas.pdf>

Bravo Rodríguez, R. M. (27 de Octubre de 2005). *La situación de menores no acompañados en España*. Recuperado el 07 de Diciembre de 2013, de Consejo de Europa: [http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/MG-RCONF\\_2005\\_11](http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/MG-RCONF_2005_11)

Bueno Abad, J. R. (2006). La protección de menores migrantes no acompañados. Un modelo de intervención social. *Universidad de Alicante. Revista Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social Nº 14*, pp. 155-170.

Cabedo Mallol, V. (2006). La protección y la integración de los menores extranjeros no acompañados. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriό nº 56*, pp. 81-95.

Cabedo Mallol, V. (2010). *Los derechos de los menores inmigrantes no acompañados y su proceso migratorio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Cabedo Mallo, V. (09 de Abril de 2010). Los menores inmigrantes no acompañados y su régimen jurídico. *IV Simposio Internacional de Inmigración. Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia*. Valencia, Valencia, España: Fundación Ciudadanía y Valores.

Cabrera Medina, J. C. (2005). *Acercamiento al menor*. Sevilla: Conserjería de Gobernación. Junta de Andalucía.

Cabrera Medina, J. C. (2008). *El fenómeno de la emigración de menores. Análisis desde la Provincia de Cádiz (2002-2007)*. Cádiz: Diputación Provincial de Cádiz.

Caicedo Camacho, N. (2010). *Panorámica jurídica del fenómeno migratorio en España*. Recuperado el 29 de Enero de 2015, de Sant'Anna School of Advanced Studies. Department of Law: [http://www.stals.sssup.it/files/stals\\_Camacho\\_032010.pdf](http://www.stals.sssup.it/files/stals_Camacho_032010.pdf)

Camacho, J. J. (15 de Abril de 1998). *Una Convención que puede perjudicar a la familia ¿Los niños necesitan derechos o protección?* Recuperado el 17 de Octubre de 2013, de ACEPRENSA: [www.acepresa.com/articles/los-ni-os-necesitan-derechos-o-proteccion/](http://www.acepresa.com/articles/los-ni-os-necesitan-derechos-o-proteccion/)

Canedo, J. R. (s.f.). *Sentencia van Gend & Loos*. Recuperado el 25 de Marzo de 2014, de Páginas personales. Universidad de Deusto: <http://paginaspersonales.deusto.es/jrcanedo/VAN%20GEND.PDF>

Capote, A. (2011). "Inmigrantes marroquíes en Andalucía: Itinerarios migratorios en distintos contextos locales de las provincias de Córdoba y Granada". *Cuadernos Geográficos. Universidad de Granada*, pp. 33-54.

Carbonell Benito, G. (2009). *El interés del menor: Criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor de Menor y del Ministerio Fiscal*. Valencia : Tirant Lo Blanch.

Carmona Luque, M. d. (2012). *Incidencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la precisión del IUS COGENS internacional*. Recuperado el 03 de Abril de 2014, de AULIR: <http://www.aulir.org/pdf/27/27.3.3.pdf>

Carmona Luque, M. d. (2011). *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de Progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson .

Carmona Luque, R. (5 de Marzo de 2012). "Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados Partes: el enfoque en derechos en las políticas de infancia en España". *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2 , pp. 69-88.

Carmona Ruano, M. (3 de Noviembre de 2006). *Jueces para la Democracia. Aplicación de la carta de DFUE por la jurisprudencia española*. Recuperado el 17 de Abril de 2013, de [www.juecesdemocracia.es/.../AplicacióndeLaCartaMiguelCarmona.pdf](http://www.juecesdemocracia.es/.../AplicacióndeLaCartaMiguelCarmona.pdf)

Carretero Espinosa de los Monteros, C. (04-06 de Noviembre de 2010). Un caso específico: Los menores extranjeros no acompañados. Indefinición de su estatuto legal y la jurisdicción contenciosa administrativa. *X Congreso Estatal de Infancia Maltratada* . Sevilla, España: [http://www.congresofapmi.es/imagenes/auxiliar/Actas\\_FS\\_11\\_2\\_caso\\_CCarretero.pdf](http://www.congresofapmi.es/imagenes/auxiliar/Actas_FS_11_2_caso_CCarretero.pdf).

Carrillo Salcedo, A. (1991). *El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica*. Madrid: Tecnos.

Carrillo Salcedo, J. A. (2000). Derechos Humanos y Derecho Internacional. *Isegoría*, 0 (22) , pp. 69-81.

Carrillo Salcedo, J. A. (2004). El Consejo de Europa y los derechos humanos. En F. Gómez Isa, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Carro Fernández Villamayor, J. L. y Miguez Macho, Luis (2009). *Comunicación al VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Servicios Sociales y Crisis Económica: Los Límites del Estado del Bienestar*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2015, de Dialnet Unirioja: [dialnet.unirioja.es/servlet/aleaut?codigo=72586](http://dialnet.unirioja.es/servlet/aleaut?codigo=72586)

Cartabia, M. (2013). Fundamental Rights and the relationships among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court. 50

*Anniversaire de l'Arrêt Van Gend en Loos 1963-2013* (pág. 215 y ss.). Luxembourg: Curia.

Casación , Nº Recurso 2248/2012 (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 31 de Enero de 2013).

Casciaro, J. M. (1990). *Santos Evangelios*. Pamplona: EUNSA.

Castán Tobeñas, J. (1987). *Derecho civil español, común y foral. tomo 1, vol. II*. Madrid: Reus S. A. .

Castillo Daudí, M. (2005). La protección internacional de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea. En M. (. Vilata, *El papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la armonización del Derecho europeo*. Valencia: Universitat de Valencia.

Castillo Daudí, M. (Marzo de 2006). Los derechos humanos en la Unión Europea. *Cuadernos de Integración Europea- Marzo* , pp- 13-33.

Castro Toledo, B. (2005). La capacidad jurídica de la mujer. En Á. S. De laTorre, *La Capacidad Jurídica*. Madrid: Dykinson, S. L.

Cavas Martínez, F. y. (2005). La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis. *Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 23* , pp. 103-128.

Cebolla, H. y. (06 de Abril de 2010). *Marroquíes en España, los Países Bajos y Francia: gestión de la diversidad e integración*. Recuperado el 24 de Octubre de 2014, de Real Instituto El Cano: [www.institutoelcano.org](http://www.institutoelcano.org)

Cebrián, J. A. (Enero de 2012). *La inmigración irregular española procedente de Marruecos*. Recuperado el 18 de Noviembre de 2014, de Digital CSIC: [digital.csic.es/bitstream/10261/62432/1/2012-Funciva..pdf](http://digital.csic.es/bitstream/10261/62432/1/2012-Funciva..pdf)

Christensen, T. M. (2011). *Informe de investigación No. 206 Trata con fines de explotación sexual: Protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo*. Ginebra: ACNUR. Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas.



Chueca Sancho, Á. G. (1998). *La expulsión de extranjeros en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Zaragoza: Egido Editorial, S. L. .

Chueca Sancho, Á. (s.f.). *Migraciones y Codesarrollo: Derechos Humanos y Cohesión Social*. Recuperado el 22 de Febreto de 2015, de Universidad Rey Juan Carlos: [https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/.../Capitulo\\_02.pdf](https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/.../Capitulo_02.pdf)

Cid Fernández, X. M. (1999). *Historia de los derechos de la infancia*. Recuperado el 11 de Octubre de 2013, de Apega.org: <http://www.apega.org/attachments/article/277/historiaderechosdeinfanciast.pdf>

Cillero Bruñol, M. (1999). *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 23 de Octubre de 2013, de Instituto Interamericano. Organización de Estados Americanos: [http://www.iin.oea.org/cursos\\_a\\_distancia/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf)

Cillero Bruñol, M. (s.f.). *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios*. Recuperado el 03 de Abril de 2014, de Instituto Interamericano. Organización de Estados Americanos: [http://www.iin.oea.org/Infancia\\_autonomia\\_derechos.pdf](http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf)

Claro Quintáns, I. (2013). "La Normativa y las Políticas de la Unión Europea sobre Inmigración y Asilo". *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* , pp. 231-250.

Colomer Viadel, A. (2006). *Inmigrantes y emigrantes*. Valencia: Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia.

Colomer Viadel, A. (2010). *La protección y la integración de los menores inmigrantes no acompañados en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Cotino Hueso, L. (s.f.). Aproximación a los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. *Cuadernos Electrónicos Nº 4. Derechos Humanos y Democracia* , pp. 1-31.

Cussiánovich, A. (2009). *Ensayos sobre infancia*. Lima: IFEJANT.

De Bartolomé Cenzano, J. C. (27 de Marzo de 2013). *La poliédrica y heterogénea protección internacional de los menores*. Recuperado el 9 de

Diciembre de 2013, de Universidad Politécnica de Valencia. Revista de infancia y adolescencia: <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2013.1462>

De Castro Cid, B. (Noviembre-Diciembre de 1980). "Derechos Humanos y Constitución". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Nº 18. Noviembre-Diciembre , pp. 121-151.

De Castro Cid, B. (1982). *El reconocimiento de los derechos humanos*. Madrid: Dykinson.

De Lama Aymá, A. (s.f.). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Recuperado el 07 de Febrero de 2014, de Universitat Autònoma de Barcelona: [www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5207/ala1de1.pdf?sequence=1](http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5207/ala1de1.pdf?sequence=1)

De Palma del Teso, Á. (2006). *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Defeis, E. F. (2007). Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal. *Fordham International Law Journal*. Volume 31, Issue 5 2007 Article 2 , pp. 1101-1117.

Del Vas González, J. M. (2009). *Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español*. Madrid: J. San José, S.A.

Deng, Francis M et al. . (1996). *Sovereignty as Responsibility. Conflict Management in Africa*. Washington: The Brooking Institution.

Díaz Barrado, C. M. (2014). *La Unión Europea ante el reto de una política común en materia de inmigración*. Recuperado el 06 de Noviembre de 2014, de Parlamento Europeo : [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_5.12.3.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.12.3.pdf)

Díaz Revorío, F. J. (2011). La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010 sus efectos sobre el Estatuto Catalán y otras normas del ordenamiento vigente. *Revista catalana de dret públic*, núm. 43, 2011 , pp. 53-86.

Dictamen del Tribunal Constitucional 1/2004, Asunto número 6603-2004 (Tribunal Constitucional de España 13 de Diciembre de 2004).

Díez de Velasco Vallejo, M. (1999). *Las Organizaciones Internacionales*, undécima edición . Madrid: Tecnos.

Díez Morrás, F. J. (10 de Diciembre de 2012). Indefinición del interés superior de menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección. *REDUR* , pp. 95-104.

Durán Ruiz, F. J. (01 de Junio de 2007). Las Administraciones Públicas ante los Menores Extranjeros no Acompañados: Entre la Represión y la Protección. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* , pp. 1-41.

Durán Ruiz, F. J. (2009). Los convenios internacionales suscritos por España en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados. En R. Barranco Vela, *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes* (págs. pp. 133-168). Granada: Comares.

Dyson, R. W. (2005). *Natural Law and Political Realism in the History of Political Thought. Volume I*. New York: Peter Lang.

Echavarría A., J. (2010). *Migrants as Threats: How Security Discourses Define Self and Other*. Recuperado el 16 de Diciembre de 2013, de The Shelter Project: <https://theshelterproject.files.wordpress.com/.../echav>.

Elías Méndez, C. (2002). *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*. Valencia: Universitat de Valencia.

Elvira Perales, A. y. (Enero de 2011). *Sinopsis de la Constitución*. Recuperado el 27 de Octubre de 2013, de Congreso de los Diputados: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>

Escribano Úbeda-Portugués, J. (2008). *Quince años de construcción de la Unión Europea a través de sus tratados (1992-2007)*. Madrid : Liber Factory.

Etcheberria Balerdi, F. e. (11 de Mayo de 2012). *Menores inmigrantes no acompañados en Euskadi y Aquitania: elaboración y puesta en marcha de un Plan de Formación para Educadores/as y Responsables*. Recuperado el 24 de Mayo de 2014, de Portal de Educación Social: <http://www.eduso.net/res>

Evans, G. a.-C. (2001). *The Responsibility to Protect. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*. Ottawa: International Development Research Center.

Evans, G. (2008). *The Responsibility to Protect*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press.

Fábrega Ruiz, C. (2011). La audiencia y la legitimación de los menores inmigrantes no acompañados en los expedientes de repatriación. Crónica de un camino jurisprudencial. *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (págs. pp. 865-871). Granada: Instituto de Migraciones.

Fernández Alles, J. J. (2014). Marruecos tras la Constitución de 2011: Reciprocidad en el Derecho de Sufragio de los Extranjeros y Otros Elementos de Interacción Constitucional. *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato* , pp. 1-26.

Fernández Aparicio, J. M. (2008). La protección de los menores en España. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLI, núm. 123* , pp. 1233-1258.

Fernández Laborda, A. (Enero de 2014). *Del inmigrante ilegal al sin papeles ¿La visión jurídica como solución para la deontología periodística?* Recuperado el 23 de Agosto de 2014, de Noticias Jurídicas: [noticias.juridicas.com/.../201401-del-inmigrante-ilegal-al-sin-papeles.ht](http://noticias.juridicas.com/.../201401-del-inmigrante-ilegal-al-sin-papeles.ht).

Fernández Nieva, J. (2001). *Don Manuel Godoy: de Príncipe de la Paz a Príncipe Humanitario*. Recuperado el 20 de Octubre de 2013, de Diputación de Badajoz: [http://www.dip-badajoz.es/cultura/ceex/reex\\_digital/reex\\_LVIII/2002/T](http://www.dip-badajoz.es/cultura/ceex/reex_digital/reex_LVIII/2002/T)

Fernández Rodríguez, J. J. (2010). Defensor del Pueblo y Defensorías Autonómicas: Reflexiones sobre sus Relaciones y Posición Recíproca. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 26* , pp. 259-283.

Fernández Sánchez, P. A. (s.f.). El Derecho de Reagrupación Familiar de los Extranjeros. *Derecho y Conocimiento, vol. 1. Universidad de Huelva* , pp.375-395.

Fernández Segado, F. (1989). *Los Límites de los Derechos de los Miembros de las Fuerzas Armadas*. Recuperado el 17 de Enero de 2015, de Dialnet. Unirioja: [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4769411.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4769411.pdf)

Fernández-Blanco, F. L. (1968). *Primeras Jornadas Hispanoamericanas en torno al Derecho Especial del Menor*. Recuperado el 23 de Febrero de 2014, de [dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2082807&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2082807&orden=0)

Florencio Thome, C. y. (s.f.). *Menores extranjeros en situación de desamparo: nuevos sujetos migratorios y su marco jurídico en España*. Recuperado el 11 de Abril de 2014, de Derecho y Cambio Social : <http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/menores%20extranjeros%20desamparados.htm>

Flores, F. (2003). *Los derechos fundamentales de los extranjeros*. Recuperado el 28 de Marzo de 2014, de Universidad de Valencia: [www.idpc.es/archivo/1212653645a3FF.pdf](http://www.idpc.es/archivo/1212653645a3FF.pdf)

Fonseca Morillo, F. J. (2001). Los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. *Fundació CIDOB. Afers Internacionals*. núm. 53, pp. 77-93.

Freixes Sanjuan, T. (2005). Derechos Fundamentales en la Unión Europea, evolución y prospectiva: La construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, pp. 43-87.

Freixes, T. (2011). Las Consecuencias de la Integración de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Multinivel. En C. e. Gavara, *El Sistema Multinivel de los Derechos Fundamentales en Europa. 50 aniversario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (págs. pp. 141-221). Madrid: Universitat Autònoma de Barcelona.

Fuentes Sánchez, R. (2014). Menores Extranjeros No Acompañados [MENA]. *AZARBE. Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* nº 3, pp. 105-111.

Galera Victoria, A. (2011). Las políticas de inmigración en el estado autonómico. En F. J. García Castaño y N. Kressova. (Coords.). *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (págs. pp. 1683-1690). Granada: Instituto de Migraciones.

Gallagher, A. (2001). *Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties*. Recuperado el 02 de Noviembre de 2014, de No trafficking organization. FRM 12: [http://www.no-trafficking.org/content/pdf/trafficking\\_smuggling\\_and\\_human\\_rights\\_tricks\\_and\\_treaties.pdf](http://www.no-trafficking.org/content/pdf/trafficking_smuggling_and_human_rights_tricks_and_treaties.pdf)

Gallego Obieta, V. e. (s.f.). *La integración social de los menores inmigrantes no acompañados: Nuevos retos en la Comunidad de Madrid*. Recuperado el 08 de Julio de 2013, de Universidad de Zaragoza: [http://www.unizar.es/centros/eues/html/archivos/temporales/Extra\\_Ais/Inmigracion/Comunicaciones/Gallego%20Obieta.pdf](http://www.unizar.es/centros/eues/html/archivos/temporales/Extra_Ais/Inmigracion/Comunicaciones/Gallego%20Obieta.pdf)

Gallego-Díaz, Soledad y Cuadra, Bonifacio de la . (1989). *Crónica Secreta de la Constitución* . Madrid: Tecnos.

García de Diego, M. J. (2010). "Bajo el Casco de Hades": Menores migrantes no acompañados como posibles víctimas de trata y su triple invisibilización . *Migraciones 28. Universidad Pontificia de Comillas* , pp. 193-223.

García de Enterría, E. y.-R. (1986). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Cívitas S.A.

García Ferrer, J. J. (2006). *Políticas públicas para los menores en riesgo y desamparo de la Comunidad de Madrid*. Recuperado el 02 de Enero de 2015, de Consejería de Familia y Asuntos Sociales: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheadertype1>

García Guerrero, J. L. (21 de Octubre de 2011). Implicaciones Constitucionales de la Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista de DIREITO MACKENZIE*, pp. 175-190.



García Hernández, G. (s.f.). *Equipo técnico y medidas judiciales*. Recuperado el 03 de Marzo de 2014, de FISCAL: [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata)

García Juan, L. (2011). *Las Comunidades Autónomas Como Gestoras de la Inmigración. Especial Referencia al Caso de Cataluña*. Recuperado el 08 de Octubre de 2014, de Generalitat de Cataluña: <http://www.gencat.cat/bsf/publica/butlletiIMMI/num69/LesCCAAcomaGestoresdelImmigracio.pdf>

García Pantoja, Félix y Nieto García, Luis Carlos. (2006). *Los derechos de los menores extranjeros*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

García- Pelayo, M. (1993). *Derecho constitucional comparado. Reedición 1993*. Madrid: Alianza Editorial .

García Retortillo, R. (2008). Las Comunidades Autónomas y la Inmigración . *Revista Jurídica de Navarra* , pp. 262-271.

García Roca, J. (2012). El Diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales en la Construcción de un Orden Público Europeo . *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* , pp. 181-222.

García San José, D. I. (2001). Soberanía y derechos humanos en la Convención sobre los Derechos del Niño: la Tensión entre las Reservas Permitidas y las Obligaciones Asumidas por los Estados Partes. *Anuario de Derecho Nº 23* , pp. 142-165.

García Urbano, J. M. (1990). *Instituciones de Derecho privado*. Madrid: UNED.

García Vázquez, S. (2004). El régimen jurídico del menor inmigrante. *Anuario da Facultade de Dereito. Universidad de La Coruña* , pp. 423-450.

García Vázquez, S. y. (Noviembre de 2007). Un análisis en clave constitucional del Régimen Jurídico de los extranjeros en España: Especial referencia al derecho a la libertad de circulación y residencia. *AFDUDC*, 11 , pp. 257-277.

García-Pelayo, M. (1993). *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, S. A.

García-Valdecasas y Fernández, R. y. (Mayo de 2004). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea. *Revista Jurídica de Castilla y León*. nº 3 , pp. 13-48.

Garrido Mayol, V. (Diciembre de 2003). *Sinopsis artículo 149 CE*. Recuperado el 21 de Septiembre de 2014, de Portal de la Constitución.: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo=2>

Garriga Domínguez, A. (., & Álvarez González, S. (. (2010). *La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Vigo: El tiempo de los derechos.

Gimeno Monterde, C. (2013). *Crisis y nuevas estrategias en la migración de menores solos*. Recuperado el 25 de Enero de 2014, de Universidad de Alcalá de Henares: <http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel2/sesion2/chabierg@unizar.es/TCcrisisynuevasestrategias.pdf>

Gimeno Monterde, C. (2013). Jóvenes que migran solos. Actores y escenarios fuera de los sistema de protección de menores. *Publicaciones Universidad Autónoma. Alternativas*, 20 , pp. 41-56.

Giner Alegría, C. A. (2012). La libertad religiosa en el mundo islámico. *Revistas Universidad de Murcia* , pp. 141-180.

Glendon, M. A. (2011). *Un mundo nuevo*. México: Fondo de Cultura Económica. Universidad Panamericana.

Glendon, M. A. (2002. Primera edición en inglés. 2011 Primera edición en español ). *Un Mundo Nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. México: FCE, Universidad Panamericana.

Goenechea Permisán, C. (19 de Junio de 2006). *Menores inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad*. Recuperado el

29 de Abril de 2014, de Universidad Complutense de Madrid: [weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web\\_I\\_Cong.../menors2.pdf](http://weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web_I_Cong.../menors2.pdf)

Goig Martínez, J. M. (2007). *El derecho a la reagrupación familiar de los emigrantes*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2014, de FAD: [http://www.fad.es/sala\\_lectura/C2007\\_comn\\_6.pdf](http://www.fad.es/sala_lectura/C2007_comn_6.pdf)

Goig Martínez, J. M. (Diciembre de 2013). La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional. *Revista de Derecho UNED*, núm. 12 , pp. 257-292.

Goig Martínez, J. M. (2009). Tratamiento constitucional, jurisprudencial y legislativo de los derechos y libertades de los inmigrantes en España. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 17- 2º semestre 2009 , pp. 33-51.

Goig Martínez, J. M. (2008). Tribunal Constitucional y Derechos de los Extranjeros. Comentario a la reciente jurisprudencia en materia de extranjería. *Teoría y Realidad Constitucional*. Núm. 22 , pp. 625-649.

Gómez Hidalgo, J. I. (2007). *Estudio de las Medidas Establecidas en la Ley Reguladora de Responsabilidad Penal de Menores*. Recuperado el 5 de Julio de 2013, de ICACE: [www.icace.org/pdf/b04articulo01.pdf](http://www.icace.org/pdf/b04articulo01.pdf)

González Beilfus, M. (11 de Enero de 2010). *El Papel de la Jurisprudencia Constitucional en el Desarrollo del Derecho Público de la Inmigración* . Recuperado el 25 de Febrero de 2014, de Revista catalana de dret públic. Nº 40.2010.

González Pillado, E. (2009). Las medidas cautelares en el proceso penal de menores en España. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. México*. IUS 24 , pp. 42-76.

González Pillado, E. (2/2008). Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007. *InDret . Revista para el análisis del Derecho* , pp. 2-40.

González Saquero, P. (2011). La Directiva "retorno" y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros (Sentencia del

TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11). *Universidad Complutense. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional* , pp. 1-18.

González-Ares, J. A. (2005). *El Valedor do Pobo. Del Ombudsman sueco al Comisionado parlamentario gallego*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gude Fernández, A. (22 de Enero de 2009). *La protección jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el ordenamiento jurídico autonómico. El caso de Galicia*. Recuperado el 29 de Abril de 2014, de ACOES: <http://www.acoes.es/pdf/menores%20n%5B1%5D...pdf>

Guerra, M. J. (2004). *Bioética: La Cuestión de la Dignidad*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

Hadjab Boudiaf, H. (2011). Entender el fenómeno de los llamados "menores extranjeros no acompañados". En F. J. García Castaño y N. Kressova (coords.) . *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (págs. pp. 925-934). Granada : Instituto de Migraciones.

Hierro Sánchez-Pescador, L. L. (1991). ¿Tienen derechos los niños? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño. *Universidad Autónoma de Madrid. Revista de Educación nº 294* , pp. 221-233.

Horsti, K. (2012). Humanitarian discourse legitimating migration control: FRONTEX public communication. En M. e. Messier, *Migrations: Interdisciplinary Perspectives* (págs. pp. 297-308). Viena: Springer Science & Business Media.

Hurtado Martínez, J. A. (2008). La sanción de expulsión sobre extranjeros en situación irregular y la filiación de menores. *Diario La Ley, Nº 6904, Sección Doctrina, 14 Mar. 2008, Año XXIX, Ref. D-82* , pp. 1-18.

Huysmans, J. (2000). The European Union and the Securitiización of Migration. *Journal of Common Market Studies* , pp. 751-777.

Iglesias Martínez, J. (2009). Barça y Barzakh: La migración internacional de menores inmigrantes no acompañados de origen Subsahariano hacia las Islas Canarias. *Miscelánea Comillas. Vol. 67* , pp. 217-234.

Iglesias Skulj, A. (2012). *La influencia del "interés superior del niño" en los caso de repatriación de menores extranjeros no acompañados en el Estado español*. Recuperado el 13 de Febrero de 2015, de ECRIM. Research group on

Delinquency and Criminal Justice in the 21st century University of A Coruña:  
[www.ecrim.es/publications/2012/InteresNinho.pdf](http://www.ecrim.es/publications/2012/InteresNinho.pdf)

Iglesias, M. (2010). *Conflicto y Cooperación entre España y Marruecos (1956-2008)*. Sevilla: Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios Andaluces, Consejería de la Presidencia, Junta de Andalucía.

Izquierdo Escribano, A. y. (2012). *Políticas de control migratorio. Estudio comparado en España y EE.UU.*. Barcelona: Ediciones Bellaterra.

Izquierdo, A. (2008). *El modelo de inmigración y los riesgos de exclusión*. Madrid: Cáritas Española Editores.

Jaén Vallejo, M. (2004). Las reformas del Código Penal (2002/2003). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* núm. 06.12 , pp. 1-13.

Jiménez de Parga y Cabrera, M. (s.f.). *La inmigración en la jurisdicción del Tribunal Constitucional Español*. Recuperado el 30 de Diciembre de 2013, de Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.es/docs/10aniversari/E-ESPANA.pdf>

Jiménez García, J. F. (2000). *Derecho de los niños*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México.

Jiménez Hernández, A. S. (2011). *Competencias interculturales en los profesionales que intervienen con menores migrantes sin referentes familiares en España*. Jaén : Grupo de Investigación IDEO. Universidad de Jaen .

Jiménez Sedano, L. y. (2013). Lo que se oculta detrás de la categoría "menores marroquíes no acompañados": miedos cruzados, contradicciones europeas y consecuencias para el Trabajo Social. *Cuadernos de Trabajo Social* Vo. 26-1 , pp. 193-202.

Kaddur Hossein, H. (2005). *La atención educativa en centros de acogida de menores: El caso del centro Avicena de Melilla*. Recuperado el 12 de Mayo de 2014, de Universidad de Granada: [hera.urg.es/tesisurg/\(5750851\).pdf](http://hera.urg.es/tesisurg/(5750851).pdf)

Kaye, M. (Noviembre de 2003). *El vínculo entre la migración y la trata*. Recuperado el 08 de Noviembre de 2014, de Anti-Slavery International:

[http://www.antislavery.org/includes/documents/cm\\_docs/2009/s/spanish\\_nexus\\_full.pdf](http://www.antislavery.org/includes/documents/cm_docs/2009/s/spanish_nexus_full.pdf)

Labaca Zabala, M. L. (2005). El Derecho a la Vida Familiar de los Inmigrantes en la Legislación de Extranjería. *SABERES. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales. Volumen 3. Año 2005.* , Separata.

Lafuente Castellano, E. M. (2009). *Menores Inmigrantes No Acompañados [MENAS]*. Recuperado el 21 de Abril de 2015, de Universitat Jaume I: repositorios/xmlui/bitstream/10234/77768/1/forum\_2009\_36.pdf

Lara, R. e. (Marzo de 2013). *Derechos Humanos en la Frontera Sur*. Recuperado el 01 de Noviembre de 2014, de Asociación Pro Derecho Humanos de Andalucía: [www.apdha.org/media/fronterasur\\_2013\\_web.pdf](http://www.apdha.org/media/fronterasur_2013_web.pdf)

Lázaro González, I. E. (2010). *La situación actual de los menores extranjeros no acompañados en España*. Madrid: Tecnos.

Lázaro González, I. (2007). Menores extranjeros no acompañados. La situación en España . *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. X. núm. 19. enero-junio , pp. 149-162.

Leguina, M. e. (2006). *Los Menores Extranjeros No Acompañados de origen marroquí: factores de riesgo y análisis de criminológico* . Recuperado el 24 de Abril de 2015, de ICAM: [www.icam.es/docs/ficheros/200607250008\\_6\\_2.pdf](http://www.icam.es/docs/ficheros/200607250008_6_2.pdf)

León Bastos, C. (2010). *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales*. Madrid: Editorial Reus, S.A.

Llop, V. (s.f.). *Alfonso X el Sabio*. Recuperado el 09 de Octubre de 2013, de Vicente Llop: <http://www.vicentellop.com/TEXTOS/alfonsoXsabio/las7partidas.pdf>

López Azcona, A. (2006). *Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 02 de Marzo de 2013, de ICAM: [www.icam.es/docs/ficheros/200607250008\\_6\\_16.doc](http://www.icam.es/docs/ficheros/200607250008_6_16.doc)

López Calero, P. e. (2008). *Migraciones africanas hacia Europa. Estudio cuantitativo y comparativo 2006-2008. Centro nº 6 de Nouadibou, Mauritania*. Recuperado el 20 de Enero de 2014, de Cruz Roja Española:



[http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/CANCRE/COPY\\_OF\\_ACCIONINTERNACION/DOCUMENTACION/INFODOCUS/DOCUTEC/MIGRACIONES\\_FINAL.PDF](http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/CANCRE/COPY_OF_ACCIONINTERNACION/DOCUMENTACION/INFODOCUS/DOCUTEC/MIGRACIONES_FINAL.PDF)

López Fernández, J. (Julio de 2013). *Factores de riesgo de los menores extrajeros no acompañados infractores en Asturias*. Recuperado el 26 de Mayo de 2014, de Universidad de Oviedo: [digibuo.uniovi.es/.../TFM%20%20Jessica%20Lopez%20Fernandez.pdf](http://digibuo.uniovi.es/.../TFM%20%20Jessica%20Lopez%20Fernandez.pdf)

López Sala, A. M. (2004). Las dinámicas migratorias en el Marruecos actual. *Revista Nova África* n.º. 14 , pp. 55-72.

Lorente y Rubén, D. y. (Abril de 2005). *Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos*. Recuperado el 24 de Abril de 2014, de Federación SOS Racismo : <http://www.fmyv.es/ci/es/Infancia/vsym/12.pdf>

Madrazo Rivas, E. (2000). La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 1998. El Interés Superior del Niño Frente al Respeto de la Vida Familiar. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 15 , pp. 323-333.

Madrigal Martínez-Pereda, C. (2013). *La protección de derechos fundamentales concretos de personas menores de edad*. Recuperado el 13 de Junio de 2014, de Fiscal de Sala Coordinadora de Menores: [www.fiscal.es/.../Satellite?...Consuelo+Madrigal+Martínez-Pereda..](http://www.fiscal.es/.../Satellite?...Consuelo+Madrigal+Martínez-Pereda..)

Mangas Martín, A. e. (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Bilbao: Fundación BBVA.

Mangas Martín, A. y. (1999). *Instituciones y Derechos de la Unión Europea*. Madrid: McGrawHill.

Marí Bachero, S. (s.f.). *La Trata de Personas y el Derecho de Asilo: ¿Pueden las víctimas de trata ser consideradas como refugiadas según el Derecho Internacional, Europeo y Español vigente en la actualidad?* Recuperado el 28 de Marzo de 2015, de Dipòsit Universitat de Barcelona: [diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/.../TFM\\_silvia\\_mari\\_bachero.pdf](http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/.../TFM_silvia_mari_bachero.pdf)

Maritain, J. e. (1948). Human Rights. Comments and Interpretations. *Human Rights. Comments and Interpretations* (págs. pp. 1-276). París: UNESCO.

Márquez Domínguez, J. A. (2011). 41. *Evolución de los contingentes de trabajadores extranjeros en España (1993-2011): Las actividades agrícolas*. Recuperado el 19 de Octubre de 2014, de Universidad de Granada: [http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/27494/6/757\\_Cap\\_41.pdf](http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/27494/6/757_Cap_41.pdf)

Márquez, I. y. (2009). *Drogodependencia en menores extranjeros no acompañados (MENA): su derecho a una educación y salud de calidad*. Vitoria: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.

Martínez Agut, M. d. (Enero de 2010). *Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana*. Recuperado el 09 de Diciembre de 2014, de Quaderns Animació: [quadernsanimacio.net/ANTERIORES/once/menor.pdf](http://quadernsanimacio.net/ANTERIORES/once/menor.pdf)

Martínez García, C. (2006). *Los sistemas de protección y de reforma. Peculiaridades en relación con los menores extranjeros no acompañados*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

Martínez Peñas, L. (2011). *Los inicios de la legislación laboral española: La Ley Benot*. Recuperado el 10 de Octubre de 2013, de Universidad Rey Juan Carlos: [eciencia.urjc.es/bitstream/10115/5779/1/La%20ley%20Benot.doc](http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/5779/1/La%20ley%20Benot.doc)

Martínez Ten, A. (2000). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 17 de Enero de 2015, de Ciber Corresponsables: [https://www.cibercorresponsales.org/system/custom.../Modulo\\_9.pdf](https://www.cibercorresponsales.org/system/custom.../Modulo_9.pdf)

Matía Portilla, F. J. (2012). Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros al Servicio de la Integración de los Inmigrantes. En F. J. Matía Portilla, *Crisis e Inmigración. Reflexiones Interdisciplinarias sobre la Inmigración en España* (págs. pp. 273-283). Valencia: Tirant lo Blanch.

Mayordomo Rodrigo, V. (2011). Nueva Regulación de la Trata, el Tráfico Ilegal y la Inmigración Clandestina de Personas. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI , pp. 325-390.

Mendizábal Oses, L. (s.f.). *Fundamentación del Derecho de Menores*. Recuperado el 24 de Febrero de 2014, de Universidad de La Rioja: [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2065991.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2065991.pdf)

Mendizábal Oses, L. (1974). *La transformación de las estructuras instrumentales de protección a los menores en función de las innovaciones legislativas*. Recuperado el 02 de Marzo de 2014, de Ministerio de Justicia: [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344054725?](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344054725?).

Mendizábal Oses, L. (1969). Segundas Jornadas Hispanoamericanas en torno al Derecho Especial del Menor. *Revista de Estudios Políticos* , pp. 301-304.

Merrills, A. H. (1996). *Human Rights in the World* . Manchester & New York: Manchester University Press.

Meyers, E. (2000). Theories of International Immigration Policy-A Comparative Analysis. *Center for Migration Studies of New York. IMR Volume 34 Number 4* , pp. 1245-1282.

Michael, L. A. (2007). *Priciples of Existance & Beyond*. London : Lulu Enterprises.

Miranda Estrampes, M. (2006). *La Convención frente al Desamparo del Menor*. Barcelona: Bosch.

Molina del Pozo, C. F. (1997). *Manual de Derecho de la Comunidad Europea. Tercera Edición* . Madrid: Editorial Trivium, S.A.

Montero Pedrera, A. M. (s.f.). *La primera escuela de reforma en España. Una innovación educativa en la reeducación de menores*. Recuperado el 12 de Octubre de 2013, de Universidad de Sevilla: [http://institucional.us.es/revistas/cuestiones/13/art\\_4.pdf](http://institucional.us.es/revistas/cuestiones/13/art_4.pdf)

Montero Pedrera, A. M. (2009). Las escuelas de reforma en España y de reeducación de menores: una mirada retrospectiva en sus orígenes. *Institucional. Universidad de Sevilla* , pp. 245-255.

Montero Pedrera, A. M. (s.f.). *Un antecedente de bienestar social en el siglo XVIII sevillano: El Colegio de los Niños Toribios*. Recuperado el 17 de

Octubre de 2013, de Universidad de Sevilla:  
[http://institucional.us.es/revistas/cuestiones/12/art\\_10.pdf](http://institucional.us.es/revistas/cuestiones/12/art_10.pdf)

Montilla Martos, J. A. (2007). La distribución de competencias en inmigración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Reforma de Estado autonómico. En J. A. Montilla Martos, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas* (págs. 9-57). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Montilla Martos, J. A. (2011). Las competencias autonómicas en inmigración tras la STC 31/2010. *Revista de Estudis Autonòmics i Federals (REAF)* núm. 14 , pp. 152-185.

Montilla Martos, J. A. (2007). *Las Competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Montilla Martos, J. A. (2011). *Las normas generales del Estado sobre inmigración en 2011*. Recuperado el 06 de Mayo de 2014, de LA HORA DE LA INTEGRACIÓN LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA: [www.cidob.org/.../Anuario+MIG+2011+Montilla-Rodríguez-Lancha.pdf](http://www.cidob.org/.../Anuario+MIG+2011+Montilla-Rodríguez-Lancha.pdf)

Mora Alemañy, R. (2013). ¿También los extranjeros son iguales ante la Ley? *Revista de Derecho UNED*. Núm. 12 , pp.561-594.

Mora, J. E. (1997). La Dignidad de la Persona Humana en la Jurisprudencia Constitucional Española. *DADUN* , pp. 523-542.

Morenilla Rodríguez, J. M. (s.f.). *Ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Recuperado el 22 de Noviembre de 2013, de Ministerio de Justicia: [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344069040?blobheader..](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344069040?blobheader..)

Moreno Márquez, G. (2012). Actitudes y Opiniones sobre los Menores Extranjeros no Acompañados en la Comunidad Autónoma del País Vasco. *Observatorio Vasco de Inmigración* , pp. 43-68.

Moreu, Á. C. (2006). La recepción de las doctrinas correccionalistas en España. Políticas educativas y metodologías psicopedagógicas. *Revista de Educación*, 340. Mayo-agosto , pp.755-785.

Morita, A. (2000). Beyond the Myth of Children's Rights. *World Family Polity Forum 2000* , pp. 73-77.

Morte, C. (12 de Diciembre de 2013). *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Convención del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. Recuperado el 27 de Marzo de 2015, de Sin Refugio: [www.sinrefugio.org/ipo/wp-content/uploads/.../Carmen-Morte-TEDH.pdf](http://www.sinrefugio.org/ipo/wp-content/uploads/.../Carmen-Morte-TEDH.pdf)

Moya Malapeira, D. (2010). ¿Luchar contra los flujos migratorios o canalizarlos? Evolución del régimen de entrada, residencia, trabajo y salida de extranjeros en el modelo actual de gestión migratoria. *Revista Catalana de dret públic, núm. 40* , pp. 1-25.

Moya Malapeira, D. (17 de Enero de 2012). *La gestión de la inmigración ante la crisis. ¿Introducir reajustes al modelo actual o pensar en un cambio de modelo migratorio?* Recuperado el 28 de Octubre de 2014, de Diputación de Barcelona: <http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2012/01/david-moya-malapeira-la-gestion-de-la.htm>

Moya Malapeira, D. (Diciembre de 2008). La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros. *REDCE* , pp. 101-164.

Moya, D. (2011). La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009. En D. y. Moya, *La reforma de la Ley Orgánica de Extranjería* (págs. pp. 15-70). Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Muñoz Arnau, J. A. (2014). *Algunas Cuestiones sobre el Desarrollo de la Constitución Española de 1978*. Madrid: Dykinson, S. L. .

Nieto, L. C. (2007). *Menores y extranjeros: un solo marco jurídico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Noriega Rodríguez, L. (2009). Algunas reflexiones sobre la problemática de los menores extranjero no acompañados en territorio español. *Revista Jurídica Galega* , pp. 57-74.

Novak, P. (Diciembre de 2012). *El Tratado de Lisboa. Fichas técnicas sobre la Unión Europea 2013*. Recuperado el 23 de Marzo de 2014, de

Euroopa.

Unión

Europea:

[http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_1.1.5.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.1.5.pdf)

Núñez Rivero, C. y. (2011). La Protección del Menor desde un Enfoque del Derecho Constitucional. *Revista de Derecho UNED*, nº 9, 2011 , pp. 261-294.

Okpaku, S. O. (2014). *Essentials of Global Mental Health*. New York: Cambridge University Press.

Olesti Rayo, A. (2010). La Unión Europea y la Progresiva Creación de un Régimen Comunitario de Extranjería. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 40 , pp. 1-19.

Oraá Oraá, J. y. (2009). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Bilbao: Deusto Publicaciones.

Ortega Giménez, A. (Diciembre de 2013). Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional. *Ars Iuris Salmanticensis* , Vol. 1, diciembre 2013, pp. 151-226.

Palacios Sánchez, J. (1986). La enseñanza en las instituciones españolas para la "reforma de menores". Menores. *Revista de la Dirección General de Protección Jurídica del Menor*, pp. 3-13.

Papa Francisco. (2013). *Carta Encíclica Lumen Fidei sobre la fe*. Madrid: Palabra.

Pascual Medrano, A. (1996). Los Derechos Fundamentales y la Ley de Protección del Menor. *Universidad de Navarra*, pp. 249-264.

Pastor Ridruejo, J. A. (24 de Octubre de 2004). *Fragmentación o consolidación de la protección de los Derechos fundamentales: el papel de los tribunales europeos*. Recuperado el 25 de Noviembre de 2013, de Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE): <http://www.fride.org/download/FRIDE-28.pdf>

Pastor Ridruejo, J. A. (1988). La protección jurisdiccional de los derechos humanos: una comparación entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana. *Revista Electrónica Iberoamericana- ALCUE* , pp. 5-14.



Pastor Ridruejo, J. A. (Junio de 2007). La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas escogidos. *EHU.EUS* , pp.241-276.

Peña, L. (1992). El derecho del individuo a circular libremente y a escoger su residencia . *La Balsa de la Medusa Nº 21* , pp. 3-17.

Pérez Ferrer, F. (2006). *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Madrid: Dykinson.

Pérez Martín, E. (s.f.). *El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la Unión Europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03)*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2014, de Fundación Ciudadanía y Valores: [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documentos/1216117825\\_elena\\_perez\\_martin.pdf](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1216117825_elena_perez_martin.pdf)

Pérez-Nievas Montiel, S. y. (2011). La reagrupación familiar en España y en Europa. *AFDUAM* .

Pérez-Ugena, M. y. (2008). *Consideraciones acerca de los derechos de los extranjeros en España*. Recuperado el 01 de Febrero de 2015, de Universidad Rey Juan Carlos: [https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/curso/materiales/MA\\_Cano\\_Con sideraciones\\_extranjeros\\_Espana.pdf](https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/curso/materiales/MA_Cano_Con sideraciones_extranjeros_Espana.pdf)

Pi Llorens, M. (2001). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Barcelona: Publicaciones de la Universitat de Barcelona.

Pi Llorens, M. (Febrero de 1996). *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*. Recuperado el 22 de Marzo de 2014, de Universitat Autònoma de Barcelona. Facultat de Dret: [www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl\\_1\\_de\\_6.pdf?sequence=1](http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5236/mpl_1_de_6.pdf?sequence=1)

Portero Molina, J. A. (1997). Principio democrático y principio de autonomía. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* , pp. 413-428.

Portero Molina, J. A. (2006). Reflexiones sobre un tiempo de reformas estatutarias. *Revista de Pensamiento Político y Social, Nº. 7* , pp. 117-137.

Pous de la Flor, M. P. (05 de Abril de 2006). La protección pública de los menores extranjeros en situación de desamparo. *Revista de Ciencias Jurídicas* Nº 110 , pp. 13-35.

Pumares Fernández, P. e. (s.f.). *La movilidad laboral y geográfica de los inmigrantes en España*. Recuperado el 05 de Junio de 2014, de Observatorio Permanente de la Inmigración: [http://extranjeros.empleo.gob.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Publicaciones/archivos/movilidad\\_laboral.pdf](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Publicaciones/archivos/movilidad_laboral.pdf)

Queralt Jiménez, A. (2007). Los Usos del Canon Europeo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Una Muestra del Proceso de Armonización Europea en Materia de Derechos Fundamentales. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20 , pp.435-470.

Quiroga, V. e. (2010). *Menores Migrantes no Acompañados en España. Sueños de bolsillo*. Madrid: UNICEF y Banesto.

Quiroga, V. e. (2005). *Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no acompañados en Europa*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Secretaría de Joventut.

Quiroga, V. e. (2009). *Sueños de bolsillo. Menores migrantes no acompañados en el País Vasco*. Recuperado el 03 de Diciembre de 2014, de Servicio Central de Publicaciones del País Vasco: [http://www.gizartelan.ejgv.euskadi.net/r45-continm/es/contenidos/informacion/2499/es\\_2212/adjuntos/Sue%C3%B1os%20de%20bolsillo%20Castellano.pdf](http://www.gizartelan.ejgv.euskadi.net/r45-continm/es/contenidos/informacion/2499/es_2212/adjuntos/Sue%C3%B1os%20de%20bolsillo%20Castellano.pdf)

Ramiro Avilés, M. Á. (2010). *INFORME “El tiempo de los derechos”, núm. 32*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

Ramos Sánchez, A. (2006). *El Ministerio Fiscal en el área de protección de menores*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de Comunidad de Madrid: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheadername1>

Ravetllat Ballesté, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30. nº 2 , pp. 89-107.

Requejo Pagés, J. L. (Mayo de 2008). *Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional*. Recuperado el 08 de Abril de 2015, de Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos: [www.confeuconstco.org/reports/rep-xiv/report\\_Spain\\_sp.pdf](http://www.confeuconstco.org/reports/rep-xiv/report_Spain_sp.pdf)

Ríos Martín, J. C. (1998). *La infancia en conflicto social. Tratamiento socio-jurídico*. Madrid: Cáritas.

Ripoll Carulla, S. (s.f.). *El artículo 149.1.2 de la Constitución Española*. Recuperado el 23 de Agosto de 2014, de Itinera Universitas.

Rivero Hernández, F. (2000). *El interés del menor*. Madrid: Dykinson.

Rivero Hernández, F. (2007). *El interés superior del menor. 2ª edición* . Madrid: Dykinson S. L.

Rocamora Fernández, A. (2012-2013). *El Plan de Acción de la Unión Europea sobre los menores extranjeros no acompañados (2010-2014) y su impacto en el ordenamiento jurídico español y catalán* . Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de Universitat de Barcelona: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/48430/1/ANNA%20Rocamora-uria.pdf>

Rodrigo Lara, M. B. (2004). *La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad*. Madrid: Universidad Complutense.

Rodríguez Coarasa, C. (Diciembre de 2003). *Sinopsis artículo 9 CE*. Recuperado el 19 de Febrero de 2014, de Congreso de los Diputados: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=9&tipo=2>

Rodríguez García, A. e. (2009). *Los menores en un Estado de Derecho: Normativa internacional, nacional y autonómica. Prevención de la delincuencia infanto-juvenil*. Madrid: Dykinson, S. L.

Rodríguez Pérez, J. F. (05 de Noviembre de 2010). *La protección a la infancia en España. Ayer y hoy*. Recuperado el 10 de Octubre de 2013, de Fundación Sociedad Protectora de Niños, Madrid:

[http://www.protectoraninos.org/archivos/articulos/1288202210\\_130\\_la\\_protecci%C3%B3n\\_a\\_la\\_infancia.\\_ayer\\_y\\_hoy-2009.pdf](http://www.protectoraninos.org/archivos/articulos/1288202210_130_la_protecci%C3%B3n_a_la_infancia._ayer_y_hoy-2009.pdf)

Rodríguez Rodríguez, J. (s.f.). *El sistema europeo de protección internacional de los derechos humanos*. Recuperado el 19 de Enero de 2015, de Universidad Autónoma de México: [bibliojuridicas.unam.mx](http://bibliojuridicas.unam.mx)

Rodríguez Schumacher, C. e. (1999). *La STC 36/1991 y su incidencia en el cambio de la legislación de menores*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2013, de REOCITIES: [http://www.reocities.com/carlos\\_rocher/stc.htm](http://www.reocities.com/carlos_rocher/stc.htm)

Rodríguez Taborda, M. C. (2012). Consideraciones Jurídicas sobre los derechos de los Niños Migrantes. *AM. U. INT'L L. REV* , pp. 643-671.

Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2013). Inmigración, integración y competencias en materia de empleo: el papel, y el reto, de las Comunidades Autónomas. *Revista jurídica de los Derechos Sociales. Enero-junio 2013* , pp. 34-40.

Roig Molés, E. (s.f.). *Derechos de los extranjeros. Titularidad y limitación*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2014, de Departamento de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona: <http://www.idpc.es/archivo/1212654037a3ERM.pdf>

Rojano Simón, M. (2009). La Paideia Griega. *Revista digital para los profesionales de la enseñanza* , pp. 1-8.

Ruiz Legazpi, A. (2014). *La distribución competencial en materia de inmigración juvenil*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic.

Ruiz Legazpi, A. (2011). *La expulsión de menores extranjeros. Límites constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Sabine, G. H. (1987). *Historia de la Teoría Política*. México-Madrid-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Sagardoy Azagra, C. (11 de Noviembre de 2008). *Menores extranjeros no acompañados. Centro Residencial Zabaloetxe*. Recuperado el 12 de Mayo de 2014, de SURGAM. Revista Digital de Orientación Pedagógica: <http://www.surgam.org/articulos/503/MESA%20REDONDA/04.%20MENORES>

%20NO%20ACOMPANYADOS%20-%20MENAS%20-%20CENTRO%20ZABALOETXE%20-%20LOIU.pdf

Sagarra Trías, E. (2002). *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*. Barcelona: Publicaciones de la Universitat de Barcelona.

Sánchez Agesta, L. (1980). *Curso de Derecho Constitucional Comparado. Séptima Edición Revisda*. Madrid: Universidad de Madrid. Sección de Publicaciones.

Sánchez Agesta, L. (1951). *Lecciones de Derecho Político. Cuarta edición*. Granada: Librería Prieto.

Sánchez Agesta, L. (1972). *Los Documentos Constitucionales y Supranacionales con inclusión de la Leyes Fundamentales de España*. Madrid: Editora Nacional.

Sánchez Agesta, L. (1994). *Sistema Político de la Constitución Española. Séptima Edición*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Sánchez Benítez de Soto, M. L. (2009). *Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación .

Sánchez González, M<sup>a</sup> Paz et al. (2005). *Algunas consideraciones sobre la situación jurídica de los menores inmigrantes en España en Régimen Jurídico de los Extranjeros en España*. Cádiz: Aula Universitaria del Estrecho. Universidad de Cádiz.

Sánchez Jiménez, M. Á. (2010). Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados. *Fundación Mariano Ruíz Funes* , pp. 119-143.

Sánchez Vázquez, Vicente y Guijarro Granados, Teresa. (2002). Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* , pp. 121-138.

Sanjurjo Rivo, V. A. (2009). La Protección del Desamparo de una Menor Inmigrante No Acompañada y su Familia por el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos: El Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX , pp. 491-507.

Santos Sacristán, M. (s.f.). *Inicios de la protección a la infancia en España (1873-1918)*. Recuperado el 09 de Octubre de 2013, de Universidad de Murcia:

<http://www.um.es/ixcongresoaehe/pdfB3/Los%20inicios%20de%20la%20proteccion%20infancia.pdf>

Scuto, F. (2006). *Derechos de los inmigrantes en situación irregular*. Recuperado el 03 de Enero de 2014, de Universidad de Granada: <http://www.urg.es/redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm>

Senovilla Hernández, D. y. (2013). *The Legal Status of Unaccompanied Children. Protective Standars vs. Restrictive Implementation* . Recuperado el 13 de Mayo de 2014, de MSHS. Uniiversité Poitiers: [ww.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf](http://www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf)

Serrano Molina, A. (2002). *Los menores en el Derecho español*. Madrid: Tecnos.

Setién, M. L. (2008). La atención a los menores extranjeros no acompañados en el país Vasco: modelos de intervención y luces y sombras del sistema de acogida. *e-migrinter* , pp. 78-88.

Setién, M. L. (17 de Mayo de 2006). *VI Congreso de Escuelas Universitarias de Trabajo Social. Intervención social con menores extranjeros no acompañados. Diversos modelos*. Recuperado el 24 de Mayo de 2014, de Universidad de La Rioja: [dialnet.unirioja.es/descargas/articulo/200300.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descargas/articulo/200300.pdf)

Soriano Ibáñez, B. (s.f.). *Supervisión de la actividad protectora de la Administración*. Recuperado el 29 de Mayo de 2014, de Fiscal: [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata..](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata..)

Soto Moya, M. (2009). La reagrupación familiar de los menores extranjeros. En R. Barranco Vela, *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes*. Granada: Editorial Comares.



Súarez-Návaz, L. y. (2011). Menores en el campo migratorio transnacional. Los niños del centro (Drari d'sentro). *Papers*, 2011, 96/1 , pp.11-33.

Tajadura Tejada, J. (11 de Marzo de 2002). *Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español*. Recuperado el 04 de Marzo de 2014, de RUC.UDC: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2310/1/AD-8-48.pdf>

Tamames, R. e. (2008). *Estudio sobre la inmigración rumana en España*. Madrid: Castellana Cien.

Torrado Martín-Palomino, E. (2012). Las migraciones de menores no acompañados desde una perspectiva de género. *DILEMATA* , pp. 65-84.

Torres del Moral, A. (1991). *Constitucionalismo Histórico Español*. Cuarta edición. Madrid: Átomo Ediciones, S. A.

Torres del Moral, A. (1992). *Principios de Derecho Constitucional Español*. Tercera edición renovada. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho.

Torres Fernández, M. E. (2012). *La Expulsión de Extranjeros en Derecho Penal*. Madrid: La Ley .

Trinidad Núñez, P. (2010). Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los Menores extranjeros separados o no acompañados. En F. y. Aldecoa Luzárraga, *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales* (págs. pp. 239-274). Marcial Pons.

Trombetta-Panigadi, F. (2013). International Courts and the Development of International Law. En N. e. Boschiero, *The European Court of Human Rights and the best interests of the child in the recent Case Law on international abduction*. The Hague: Asser Press.

Trujillo Armas, R. (2000). Derechos del niño: Evolución y perspectivas desde al pediatría social. Sociedad Canaria de Pediatría. *BSCP Can Ped* 2000; 24- nº 3 , pp. 139-145.

Trujillo, M. (2010 ). Acogida inmediata a menores que migran sin referentes familiares. Reflexiones para la práctica profesional. *Revistes Catalanes amb Accés Obert. Educación Social* núm. 45, , pp. 112-136.

Trujio Vega, M. A. (2008). Las niñas y adolescentes que emigran solas a España. ¿Un nuevo fenómeno social? *El carácter universal de la educación intercultural. Actas de las I Jornadas Internacionales y VI sobre diagnóstico y orientación* (págs. pp. 164-168). Jaen: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaen.

Vacchiano, F. (2014). Para além das fronteiras e dos limites: adolescentes migrantes marroquinos entre desejo, vulnerabilidades e risco. *Saúde Soc. Sao Paulo*, v.23, n.1, pp. 17-29.

Vargas Gómez-Urrutia, M. (2006). La dimensión familiar de la inmigración y el derecho a la reagrupación familiar. *UNED. Anuario de la Escuela Práctica Jurídica* Nº 1 , pp. 1-14.

Vidal Casero, M. d. (2002). La evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud. *DS Vol. 11, Núm. 1* , pp. 219-230.

Vidal Fueyo, M. d. (2007). Breve aproximación a las políticas autonómicas en materia de inmigración. En J. A. Montilla Martos, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas* (págs. pp. 59-79). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Vidal Fueyo, M. d. (2002). *Constitución y extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Vidal Fueyo, M. d. (2006). La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18 , pp. 429-441.

Vidal Fueyo, M. d. (2012). *Políticas Públicas en Inmigración* . Valencia : Tirant lo Blanch.

Vidal Fueyo, M. d. (2004). Reforma Estatutaria y Desarrollo Autonómico de la Política de Inmigración . *Revista Jurídica de Castilla y León* , pp. 1-21.

VV.AA. (s.f.). *Carta de los derechos del niño de la Unión Europea*. Obtenido de Bienestar y Protección Infantil. DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992: [www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=13&subs](http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=13&subs)

VV.AA. (2012). *Servicio de Investigación Social. Experiencias de solidaridad de jóvenes migrantes. La integración social a través del voluntariado*. Recuperado el 30 de octubre de 2014, de Fundación EDE: <http://www.fundacionede.org/ca/archivos/investigacionsocial/experiencias-solidaridad-jovenes-extranjeros-acompanados-08012013.pdf>

VV.AA. (s.f.). Recuperado el 19 de Abril de 2013, de Historia Siglo 20: <http://www.historiasiglo20.org/europa/glosario.htm#Adhesi%C3%B3n>

VV.AA. (s.f.). Recuperado el 15 de Mayo de 2013, de Jurídicas. Unam: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

VV.AA. (s.f.). Recuperado el 14 de Febrero de 2014, de Centro de Información de Naciones Unidas: [http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/\\_ciddh.htm](http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/_ciddh.htm)

VV.AA. . (2007). *Declaraciones Anejas al Acta Final de la CIG que ha adoptado el Tratado de Lisboa. A. DECLARACIONES RELATIVAS A DISPOSICIONES DE LOS TRATADOS* (págs. pp. 83/335-83/360). Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea.

VV.AA. . (2005). *Ararteko. Situación de los Menores Extranjeros no Acompañados en la CAPV*. Vitoria: Ararteko.

VV.AA. . (1995). *Código de los Derechos del Niño. Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959*. Pamplona: Aranzadi.

VV.AA. . (17 de Marzo de 1973). *Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*. Recuperado el 05 de Octubre de 2013, de Organización de Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1973%20%282011%29>

VV.AA. . (2012). *Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos*. Recuperado el 18 de julio de 2013, de Naciones Unidas: [http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/crc/crc\\_ph\\_s.pdf](http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/crc/crc_ph_s.pdf)

VV.AA. . (s.f.). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado el 16 de Mayo de 2013, de Organización de Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>

VV.AA. . (2009). *Defensor del Pueblo. Centros de protección de monores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*. Madrid: Defensor del Pueblo .

VV.AA. (2004). *Departamento de Asuntos Sociales. Guía de actuación para los Servicios Sociales dirigidos a la infancia en el Territorio Histórico de Álava*. Recuperado el 09 de Diciembre de 2014, de Diputación Foral de Álava: <https://www.alava.net/cs/Satellite?...cast>.

VV.AA. . (10 de Junio de 2008). *El Defensor del Pueblo propone crear una Agencia Estatal de Inmigración y Emigración*. Recuperado el 13 de Junio de 2014, de Xunta de Galicia: <http://www.espanaexterior.com/hemeroteca/edicion>

VV.AA. . (s.f.). *Los principios de Nüremberg*. Recuperado el 3 de Octubre de 2013, de Universitat Illes Balears: <http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/4.-Los-principios-de-Nuremberg.-.cid21083>

VV.AA. . (s.f.). *Oficina de Extranjería de Barcelona. Principales novedades del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba e Reglamento de de Ley Orgánica 4/2000*. Recuperado el 05 de Mayo de 2014, de Generalitat de Cataluña: [www.gencat.cat/economia/ur/doc/doc\\_40155544\\_1.pdf](http://www.gencat.cat/economia/ur/doc/doc_40155544_1.pdf)

VV.AA. . (s.f.). *Síndic de Greuges. Resolución sobre el proceso de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 30 de Abril de 2014, de Sindic Cataluña: [www.sindic.cat/.../RESOLUCIÓ%20SOBRE%20EL%20Proceso%20deter](http://www.sindic.cat/.../RESOLUCIÓ%20SOBRE%20EL%20Proceso%20deter)

VV.AA. . (Marzo de 2010). *Tratados consolidados. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Recuperado el 17 de Abril de 2013, de Unión Europea. Oficina de Publicaciones: [europa.eu/pol/pdf/qc3209190esc\\_002.pdf](http://europa.eu/pol/pdf/qc3209190esc_002.pdf)

VV.AA. (Septiembre de 2011). *Plan Estratégico Ciudadanía e Integración 2011-2014*. Madrid, España: Dirección General de Intervención de los Inmigrantes.

VV.AA. (2012). *Anexo al Informe del Defensor del Pueblo La trata de seres humanos en España: Víctimas Invisibles*. Madrid: Defensor del Pueblo.

VV.AA. (s.f.). *Carta de los Derechos del Niño de la Unión Europea. DOCE nº C 241, de 21 de septiembre*. Recuperado el 24 de Enero de 2015, de Bienestar y Protección Infantil: [www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=13&subs](http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=13&subs)

VV.AA. (Abril de 2012). *Centros de Internamiento de Extranjeros en España: régimen vigente y propuestas de futuro*. Recuperado el 11 de Noviembre de 2014, de Consejo General de la Abogacía Española: [http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/04/informe\\_cies.pdf](http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/04/informe_cies.pdf)

VV.AA. (21 de Octubre de 2013). *Comentario de jurisprudencia constitucional (mayo-septiembre 2013)*. Recuperado el 20 de Abril de 2015, de Generalitat de Catalunya: [governacio.gencat.cat/web/.content/iea/bea/24/documents/tc\\_esp.pdf](http://governacio.gencat.cat/web/.content/iea/bea/24/documents/tc_esp.pdf)

VV.AA. (2007). Consejería de Empleo y Bienestar Social. *La Protección de los Menores Extranjeros no Acompañados en Cantabria. Colección de Estudios Sociales nº 6*. Santander: Gobierno de Cantabria.

VV.AA. (2009). *Consejo General de la Abogacía Española. Ni Ilegales ni Invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: Etnia Comunicación.

VV.AA. (2007). *Consejo General de la Abogacía Española. Subcomisión de Extranjería. Crisis de la Tutela Judicial Efectiva del Derecho de Extranjería en la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Madrid: Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya.

VV.AA. (2009). *Consulta 1/2009 sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 26 de Noviembre de 2013, de Fiscalía General del Estado: [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata...id](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata...id).

VV.AA. (09 de Diciembre de 1931). *Contitución de 1931*. Recuperado el 01 de Noviembre de 2013, de Congreso.es: [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1931.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf)

VV.AA. (s.f.). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 17 de Febrero de 2013, de Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

VV.AA. (2012). *Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos*. Recuperado el 18 de Julio de 2013, de United Nations Audiovisual Library of International Law: [http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/crc/crc\\_ph\\_s.pdf](http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/crc/crc_ph_s.pdf)

VV.AA. (2005). *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. Council of Europe. Recuperado el 26 de Marzo de 2015, de ACCEM: [www.accem.es/ficheros/.../pdf\\_trata/Convenio\\_Consejo\\_de\\_Europa.pdf](http://www.accem.es/ficheros/.../pdf_trata/Convenio_Consejo_de_Europa.pdf)

VV.AA. (2013). *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Derechos de las víctimas*. Recuperado el 26 de Marzo de 2015, de Consejo de Europa: [www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Leaflets/.../ESP\\_victims.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Leaflets/.../ESP_victims.pdf)

VV.AA. (4 de Noviembre de 1950). *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2013, de Tribunal Europeo de Derechos Humanos: [www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

VV.AA. (20 de Noviembre de 1989). *Convention on the Rights of the Child*. Recuperado el 17 de Octubre de 2013, de United Nations Organization : <http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-11.en.pdf>

VV.AA. (02 de Junio de 2010). *Declaración de desamparo*. Recuperado el 17 de Noviembre de 2014, de Word Express. Periodismo digital: <http://reportajemena.wordpress.com/hecha-la-ley-hecha-la-trampa/el-recorrido-legal/%C2%BFdesamparado-o-emancipado/>



VV.AA. (s.f.). *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924*. Recuperado el 24 de Abril de 2013, de Portal de los Derechos del Niño: <http://www.derechosdelnino.org/ginebra-1924/>

VV.AA. (s.f.). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado el 4 de Febrero de 2014, de Centro de Información de Naciones Unidas: [http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/\\_ciddh.htm](http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/_ciddh.htm)

VV.AA. (s.f.). *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*. Recuperado el 16 de Mayo de 2013, de Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>

VV.AA. (2008). *Defensor del Pueblo de Navarra. La situación de los menores extranjeros no acompañados en la Comunidad Foral de Navarra*. Pamplona: Parlamento de Navarra.

VV.AA. (2005). *Defensor del Pueblo. Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*. Madrid: Defensor del Pueblo.

VV.AA. (2006). *Departamento de Asuntos Sociales, Familia, Juventud y Deporte. Manual de Intervención en situaciones de Desprotección Infantil de la Comunidad Foral de Navarra*. Pamplona: Gobierno de Navarra.

VV.AA. (19 de Noviembre de 2001). *Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud. Plan de Atención a la Infancia y Adolescencia en Dificultad Social en la Comunidad Foral de Navarra*. Recuperado el 18 de Diciembre de 2014, de Gobierno de Navarra: <http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/9D13E4D1-1034-4614-9704-A84DC4FA76F4/92061/00PLANDEINFANCIA1.pdf>

VV.AA. (s.f.). *Dossier de los Derechos del Niño*. Recuperado el 26 de Febrero de 2014, de Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: <http://www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfvrsn=2>

VV.AA. (21 de Junio de 2013). *El Gobierno anuncia una nueva reforma de la Ley de extranjería en CORA*. Recuperado el 06 de Mayo de 2014, de Migrar con Derechos: [http://www.migrarconderechos.es/noticias/Reforma\\_de\\_la\\_LOEx\\_ahora\\_en\\_CORA](http://www.migrarconderechos.es/noticias/Reforma_de_la_LOEx_ahora_en_CORA)

VV.AA. (2007). *El procedo de reagrupación familiar en la ciudad de Madrid. Informe nº 6*. Madrid: Observatorio de las Migraciones y de la Convivencia Intercultural de la Ciudad de Madrid.

VV.AA. (2013). *EMN. Punto de Contacto Nacional. Informe Anual de Políticas de Inmigración y Asilo*. Madrid: European Migration Network. European Commission.

VV.AA. (s.f.). *Enciclopedia Jurídica*. Obtenido de [www.encyclopedia-juridica.biz14.com](http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com)

VV.AA. (Junio de 2006). *Entre la represión y la protecciión*. Recuperado el 30 de Mayo de 2014, de Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía: [www.apdha.org/media/informemena0606.pdf](http://www.apdha.org/media/informemena0606.pdf)

VV.AA. (s.f.). *Estado Civil*. Recuperado el 25 de Mayo de 2013, de Enciclopedia Civil: [www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/estado-civil/estado-civil.htm](http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/estado-civil/estado-civil.htm)

VV.AA. (03 de Noviembre de 2010). *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: España*. Recuperado el 11 de Junio de 2014, de UNICEF: <https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Observaciones.pdf>

VV.AA. (s.f.). *Formación para la inserción sociolaboral de jóvenes inmigrantes*. Recuperado el 20 de Mayo de 2014, de Diputación de Barcelona: [http://www.diba.cat/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea29c6f4-1dd2-4122-a517-d1a35c1defc8&groupId=1295730](http://www.diba.cat/c/document_library/get_file?uuid=ea29c6f4-1dd2-4122-a517-d1a35c1defc8&groupId=1295730)

VV.AA. (17 de Noviembre de 2010). *Guía del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia del niño*. Recuperado el 09 de Octubre de 2013, de Consejo de Europa: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2010\)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=Congress&BackColorInternet=DBDCF2&BackC](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=Congress&BackColorInternet=DBDCF2&BackC)

VV.AA. (31 de Mayo de 2011). *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*. Recuperado el 08 de Junio de 2014, de Council of Europe: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Guidelines%20on%20child->

friendly%20justice%20and%20their%20explanatory%20memorandum%20\_4\_.pdf

VV.AA. (05 de Abril de 2013). *II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016*. Recuperado el 13 de Mayo de 2014, de Observatorio de la Infancia. Ministerio de Sanidad. Asuntos Sociales e Igualdad: [http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/PENIA\\_2013-2016.pdf](http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/PENIA_2013-2016.pdf)

VV.AA. (2011). *Infancias vulnerables. Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco*. Vitoria: Ararteko.

VV.AA. (2012). *Informe Anual de Políticas de Inmigración y Asilo España 2012*. Madrid: Punto de Contacto Nacional de la Red Europea de Migración.

VV.AA. (2005). *Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España 10-19 de marzo de 2005 a la atención del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria*. Madrid: Defensor del Pueblo.

VV.AA. (08 de Octubre de 2008). *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Relativo a la Aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el Derecho a la Regrupación Familiar*. Recuperado el 18 de Noviembre de 2014, de ACNUR: [www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9257.pdf?view..](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9257.pdf?view..)

VV.AA. (21 de Agosto de 2013). *Informe de la comisión para la reforma de las administraciones públicas*. Recuperado el 12 de Octubre de 2014, de Presidencia del Gobierno. CORA: [www.lamoncloa.gob.es](http://www.lamoncloa.gob.es)

VV.AA. (2009). *Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2009*. Madrid: Congreso de los Diputados.

VV.AA. (2009). *Informe del Defensor del Pueblo. Centros de Protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*. Madrid: Defensor del Pueblo .

VV.AA. (Diciembre de 2008). *Informe monográfico a la Junta General del Principado de Asturias. La protección de los menores extranjeros no acompañados*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Procuradora General

del Principado de Asturias:  
<http://www.integralocal.es/upload/File/Informe%20monogr%C3%A1fico%20elaborado%20por%20la%20Procuradora%20General%20del%20Principado%20de%20Asturias%20sobre%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20menores%20extranjeros%20no%20acompa%C3%B1ados%20en%20Asturia.pdf>

VV.AA. (18 de Febrero de 2014). *Inmigrantes llegados de Marruecos*. Recuperado el 05 de Mayo de 2014, de Europa Press España: <http://www.europapress.es/epsocial/politica-social/noticia-gobierno-busca-marco-legal-ampare-devoluciones-marcha-inmigrantes-llegados-marruecos-20140218145009.html>

VV.AA. (21 de Julio de 2011). *Immigration and Asylum*. Recuperado el 19 de Agosto de 2014, de CIVITAS: <http://www.civitas.org.uk/eufacts/FSEX/EX1.htm>

VV.AA. (Febrero de 2014). *Integrar el "Paquete Asilo" Europeo en Derecho Nacional*. Recuperado el 28 de Marzo de 2015, de Asociación Europea de defensa de los Derechos Humanos: [http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Integrar%20el%20paquete%20asilo%20europeo%20-%20AEDH%20-%20junio%202014\\_\\_ES.pdf](http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Integrar%20el%20paquete%20asilo%20europeo%20-%20AEDH%20-%20junio%202014__ES.pdf)

VV.AA. I. (26 de Junio de 1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Recuperado el 2014, de [www.un.org/es/documents/charter/](http://www.un.org/es/documents/charter/)

VV.AA. (Abril de 2007). *La atención educativa en los centros de acogida de menores: El caso del centro Avicena de Melilla*. Recuperado el 09 de Marzo de 2013, de Universidad de Granada: [migraciones.ugr.es/cddi/index.php/tesis.../84-kaddur-hossein-hamed](http://migraciones.ugr.es/cddi/index.php/tesis.../84-kaddur-hossein-hamed)

VV.AA. (s.f.). *La emancipación*. Recuperado el 01 de Octubre de 2013, de Abogado: <http://iabogado.com/guia-legal/familia/la-emancipacion>

VV.AA. (Mayo de 2014). *La escucha y el interés superior del menor*. Recuperado el 01 de Junio de 2014, de El Defensor del Pueblo: [http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/menores\\_justicia\\_2014.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/menores_justicia_2014.pdf)

VV.AA. (s.f.). *La lucha contra la trata de seres humanos*. Recuperado el 27 de Marzo de 2015, de Síntesis de la legislación de la UE: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/fight\\_against\\_trafficking\\_in\\_human\\_beings/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_trafficking_in_human_beings/index_es.htm)

VV.AA. (2013). *La trata de seres humanos en España: Víctimas invisibles*. Madrid: Defensor del Pueblo.

VV.AA. (s.f.). *La trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Síntesis de la jurisprudencia Sala 2ª del Tribunal Supremo*. Recuperado el 05 de Noviembre de 2014, de Migrar con derechos: [http://www.migrarconderechos.es/bibliografia/Jurisprudencia\\_TS\\_penal](http://www.migrarconderechos.es/bibliografia/Jurisprudencia_TS_penal)

VV.AA. (25 de Junio de 1993). *Les droits de l'enfant. Fiche d'information No 10 (Rev.1)*. Recuperado el 18 de Julio de 2013, de OHCHR. Conférence mondiale sur les droits de l'homme à Vienne: [www.ohchr.org/Documents/.../FactSheet10Rev.1fr.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/.../FactSheet10Rev.1fr.pdf)

VV.AA. (22 de Junio de 2013). Los inmigrantes tendrán los mismo servicios en todas las comunidades. ABC, pág. 2.

VV.AA. (22 de Junio de 2013). *Los inmigrantes tendrán los mismos derechos en todas las comunidades*. Recuperado el 05 de Mayo de 2014, de ABC España: <http://abc.es>

VV.AA. (02 de Junio de 2010). *Menores antes que inmigrantes*. Recuperado el 05 de Mayo de 2014, de Word express: <http://reportajemena.wordpress.com/>

VV.AA. (25 de Julio de 2012). *Menores Extranjeros no Acompañados*. Recuperado el 17 de Mayo de 2014, de Síndic de Greuges Comunitat Valenciana: <http://www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf>

VV.AA. (06 de Noviembre de 2008). *Menores Vulnerables: Desprotección y Responsabilidad Penal*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de Valedor do Pobo: [www.valedordopobo.com/index.php?o=downloads&i=224&t...](http://www.valedordopobo.com/index.php?o=downloads&i=224&t...)

VV.AA. (s.f.). *Naciones Unidas. Derechos Humanos*. Recuperado el 03 de Marzo de 2013, de Alto Comisionado para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>

VV.AA. (s.f.). *Naciones Unidas*. Recuperado el 14 de Febrero de 2014, de [http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/\\_ciddh.htm](http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/_ciddh.htm)

VV.AA. (s.f.). *NGO Group for the Children Rights Committee*. Recuperado el 18 de Octubre de 2013, de Child Rights Net: [http://www.childrightsnet.org/docs/FileManager/ngogroup/Fact\\_sheet\\_CRC\\_GC\\_SP.pdf](http://www.childrightsnet.org/docs/FileManager/ngogroup/Fact_sheet_CRC_GC_SP.pdf)

VV.AA. (29 de Abril de 2008). *Normativa autonómica en materia de protección de menores*. Recuperado el 20 de Marza de 2015, de WORDPRESS: <https://madalen.wordpress.com/2008/04/29/normativa-autonomica-en-materia-de-proteccion-de-menores/>

VV.AA. (29 de Mayo de 2013). *Observación general nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3.1)*. Recuperado el 12 de Noviembre de 2013, de Convención de los Derechos del Niño: [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf)

VV.AA. (01 de Septiembre de 2005). *Observación General nº 6 (2005) Trato de los menores no acompañados y separados de su familia de su país de origen*. Recuperado el 24 de Noviembre de 2014, de UNICEF: [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/06.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/06.pdf)

VV.AA. (2006). *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de UNICEF: <http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf>

VV.AA. (Mayo de 2010). *Policies on Reception, Return and Integration arrangements for, and numbers of, Unaccompanied Minors-an EU comparative study*. Recuperado el 05 de Mayo de 2014, de European Mygration Network: [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european\\_migration\\_network/reports/docs/emn-studies/unaccompanied-minors/0.\\_emn\\_synthesis\\_report\\_unaccompanied\\_minors\\_publication\\_sept10\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/unaccompanied-minors/0._emn_synthesis_report_unaccompanied_minors_publication_sept10_en.pdf)



VV.AA. (24 de Agosto de 2010). *Positions on the rights of migrants in an irregular situation*. Recuperado el 17 de Enero de 2014, de Council of Europe. Commissioner for Human Rights: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1640817>

VV.AA. (25 de Agosto de 2010). *Positions on the Rights of Minor Migrants in an Irregular Situation*. Recuperado el 27 de Enero de 2014, de Commissioner for Human Rights: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1654377>

VV.AA. (15 de Febrero de 2011). *Programa para los derechos del niño*. Recuperado el 24 de Enero de 2015, de Europa legislación: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/human\\_rights/human\\_rights\\_in\\_third\\_countries/dh0006\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/human_rights_in_third_countries/dh0006_es.htm)

VV.AA. (Julio de 2013). *Protocolo de actuación institucional para la atención en la Comunitat Valenciana, de menores extranjeros en situación irregular indocumentados o cuya documentación ofrezca dudas razonables sobre su autenticidad*. Recuperado el 03 de Enero de 2015, de Comunitat Valenciana. Conselleria de Bienestar Social: [www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf](http://www.elsindic.com/Resoluciones/10451613.pdf)

VV.AA. (2009). *Punto de Contacto Nacional de España de la EMN. La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados*. Madrid: Red Europea de Migraciones.

VV.AA. (17 de Junio de 2013). *Recomendación General del Ararteko 5/2013, de 17 de junio. Garantías en la atención a los menores/jóvenes extranjeros no acompañados*. Recuperado el 30 de Abril de 2014, de Ararteko: [http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_3081\\_3.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3081_3.pdf)

VV.AA. (s.f.). *Recomendaciones, sugerencias y otras actuaciones ilustrativas*. Recuperado el 26 de Marzo de 2015, de Defensor del Pueblo: <https://www.defensordelpueblo.es/es/Infancia/Defensa/relevantes.html>

VV.AA. (09 de Febrero de 2005 ). *Report of the SG of the UN. Promotion and protection of the rights of children*. Recuperado el 22 de junio de 2013, de Organización de las Naciones Unidas: [www.un.org](http://www.un.org)

VV.AA. (s.f.). *Secretaría General de Naciones Unidas. Los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Recuperado el 05 de Octubre de 2013, de Integrando

Organización:

<http://www.integrando.org.ar/datosdeinteres/derechoshumanos.htm>

VV.AA. (2007). *Sentencia TC 9/1981, de 31 de marzo*. Recuperado el 07 de Abril de 2015, de Word Press: <https://bonfante.files.wordpress.com/2007/02/sentencia-tc-9-1981.doc>

VV.AA. (Febrero de 2011). *Servicio de Investigación Social. Relaciones de solidaridad entre inmigrantes: acercamiento a las redes informales de apoyo de MENAS en la CAPV*. Recuperado el 30 de Octubre de 2014, de Fundación EDE: <http://fundacionellacuria.org/wp-content/uploads/2014/06/22-Relaciones-solidaridad-entre-inmigrantes-menores-jovenes-no-acompanados.pdf>

VV.AA. (Septiembre de 1991). *SG Javier Pérez de Cuellar "Last Report". Report of the Secretary General of the Work of the Organization. A/46/1*. Obtenido de Organización de Naciones Unidas: [http://legal.un.org/repertory/art99/english/rep\\_supp8\\_vol6-art99\\_e\\_advance.pdf](http://legal.un.org/repertory/art99/english/rep_supp8_vol6-art99_e_advance.pdf)

VV.AA. (2011). *TEDH & Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE. Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo, Luxemburgo: Oficina de publicaciones de la Unión Europea.

VV.AA. (s.f.). *Trata de personas*. Recuperado el 02 de Noviembre de 2014, de Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito: [www.unodc.org/documents/human.../HT\\_GPATleaflet07\\_es.pdf](http://www.unodc.org/documents/human.../HT_GPATleaflet07_es.pdf)

VV.AA. (2014). *Un Sistema Europeo Común de Asilo*. Recuperado el 11 de Nviembre de 2014, de Comisión Europea.Asuntos de Interior: [ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/.../ceas\\_factsheet\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/.../ceas_factsheet_es.pdf)

VV.AA. (03 de Abril de 2006). *un.org/es*. Recuperado el 05 de Octubre de 2013, de Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/ga/about/subsidiary/councils.shtml>

VV.AA. (17 de Junio de 2008). *Una política común de inmigración para Europa*. Recuperado el 06 de Octubre de 2014, de Europa. Legislación : [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/free\\_movement\\_of\\_persons\\_asylum\\_immigration/jl0001\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/jl0001_es.htm)

VV.AA. (s.f.). *What Are Human Rights*. Recuperado el 03 de Marzo de 2013, de OHCHR: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

Weissbrodt, D. S. (2008). *The Human Rights of Non-citizens*. New York : Oxford University Press.

Wilhelmi, A. (2013). Immigració I Repartiment Competencial En Estats Descentralitzats. Una Comparació Entre Els Casos Espanyol I Italià. *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* , pp.1-26.

Woodhead, M. (2006). *Changing perspectives on early childhood: theory, research and policy*. Recuperado el 19 de Octubre de 2013, de UNESCO: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001474/147499e.pdf>

